

ESTUDIOS

El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: un sucedáneo de contrato formativo
Josep Moreno Gené

Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad
Ricardo Esteban Legarreta

La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad
Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano

Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos
Daniel Toscani Giménez

Inequidades distributivas de la previsión social contributiva. Aproximación al caso argentino
Sol T. Minoldo Y Marcelo Javier Sazatornil

MERCADO DE TRABAJO

Las transiciones de la formación al trabajo de los jóvenes españoles en el marco de las medidas educativas contempladas en la estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013/2016
María José Gómez-Torres y Rosario Ordóñez-Sierra

La posible recuperación económica arrastra precariedad
Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el primer semestre de 2014
Santos Ruesga Benito, José Luís Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz y Ana I. Viñas Apaolaza

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
Ausencia de consulta a los representantes de los trabajadores en un traslado colectivo
María del Junco Cachero

Universidad de Sevilla
La ciega aplicación de la tasa de reposición al personal docente e investigador de universidades públicas
María Sepúlveda Gómez

Universidad de Málaga
Acuerdo novatorio de prejubilación y jubilación anticipada
Juan Carlos Álvarez Cortés y M^a Iluminada Ordóñez Casado

Universidad de Jaén
La impugnación de laudos arbitrales nacidos del arbitraje obligatorio
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

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

127

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
127/2014 - Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2014

127

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

127

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

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
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
MANUEL GABRIEL PÉREZ MARÍN	Director General de Relaciones Laborales
FCO. JAVIER ZAMBRANA ARELLANO	Director General de Seguridad y Salud Laboral
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
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

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
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
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla

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>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 127/2014
Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: un sucedáneo de contrato formativo 13
JOSEP MORENO GENÉ
- Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de ley de derechos de las personas con discapacidad 47
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
- La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad 85
BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO
- Algunas reflexiones acerca de los efectos de la huelga sobre el contrato: puntos críticos 121
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
- Inequidades distributivas de la previsión social contributiva. Aproximación al caso argentino 143
SOL T. MINOLDO Y MARCELO JAVIER SAZATORNIL

2. MERCADO DE TRABAJO

- Las transiciones de la formación al trabajo de los jóvenes españoles en el marco de las medidas educativas contempladas en la estrategia de emprendimiento y empleo joven 2013/2016 179
MARÍA JOSÉ GÓMEZ TORRES Y ROSARIO ORDÓÑEZ SIERRA
- La posible recuperación económica arrastra precariedad. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el primer semestre de 2014 221
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO, LAURA PÉREZ ORTÍZ Y ANA I. VIÑAS APAOLAZA

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
Ausencia de consulta a los representantes de los trabajadores en un traslado colectivo 255
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad de Sevilla La ciega aplicación de la tasa de reposición al personal docente e investigador de universidades públicas MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	263
PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Málaga Acuerdo novatorio de prejubilación y jubilación anticipada JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y M ^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO	285
DERECHO PROCESAL LABORAL Universidad de Jaén La impugnación de laudos arbitrales nacidos del arbitraje obligatorio JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	305
4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	317

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 lavori 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 internationale Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

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

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.cem.junta-andalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

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

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

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/>-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (Keywords) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga, no obstante, el informe también podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
N° 127/2014
Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

- Part-time contract with formative bonding: a substitute for training contract 13
JOSEP MORENO GENÉ
- Key points in labour perspective of the new revised text of the law on rights of persons with disabilities 47
RICARDO ESTEBAN LEGARRETA
- The obligation to make reasonable workplace accommodation to persons with disabilities 85
BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO
- Some reflections about the effects of the right to strike on the labour contract: critical points 121
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
- Distributional inequities of the contributory Social Security. Approach to the Argentinean case 143
SOL T. MINOLDO Y MARCELO JAVIER SAZATORNIL

2. LABOUR MARKET

- The transitions of the formation to the work of young Spaniards in the framework of the educational measures in the strategy of entrepreneurship and youth employment 2013/2016 179
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-TORRES Y ROSARIO ORDÓÑEZ-SIERRA
- The possible economic recovery drags precariousness. Analysis of situation of the labour market in the first half of 2014 221
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO, LAURA PÉREZ ORTÍZ Y ANA I. VIÑAS APAOLAZA

3. JUDICIAL COMMENTS

- REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION
University of Cadiz
Lack of consultation to worker's representation in a collective transfer 255
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Seville	
The blind application of the restocking fee to the teaching and research staff of public universities	263
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	
SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Malaga	
Early retirement agreement	285
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS Y M ^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO	
LABOUR LEGAL CASE	
University of Jaen	
Challenges to arbitration awards born of compulsory arbitration	305
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
5. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia	317
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	

EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL CON VINCULACIÓN FORMATIVA: UN SUCEDÁNEO DE CONTRATO FORMATIVO

JOSEP MORENO GENÉ

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

EXTRACTO

Palabras clave: Desempleo juvenil, contrato a tiempo parcial, formación, incentivos a la contratación

De las diferentes medidas adoptadas por la Ley 11/2013 para favorecer la inserción laboral de los jóvenes, cabe distinguir entre las dirigidas a fomentar el autoempleo o emprendimiento juvenil y aquellas que pretenden fomentar la contratación por cuenta ajena de este colectivo. Dentro de este segundo grupo de medidas, que se encuentran recogidas en el Capítulo III de la citada norma bajo la rúbrica de “estímulos a la contratación” destaca el “contrato a tiempo parcial con vinculación formativa”. Tanto si atendemos a la propia denominación del contrato como al contenido del mismo, puede afirmarse que esta modalidad contractual *a priori* tiene como finalidad, además de la inserción laboral de los jóvenes desempleados, contribuir a la formación de los mismos. Sin embargo, el compromiso entre esta modalidad contractual y la formación del trabajador es extremadamente tenue, por no decir prácticamente inexistente. Precisamente en este trabajo se abordan los perfiles de esta modalidad contractual y el limitado alcance de su contenido formativo.

ABSTRACT

Keywords: Youth unemployment, part-time contract, training, incentives to recruitment

The measures adopted by Royal Decree-Law 11/2013 to promote the employability of young people are of two types: measures aimed at promoting youth entrepreneurship and self-employment, and measures aimed at fostering recruitment of young people. This second group of measures, detailed in Chapter III of this regulation under the heading “Incentives to recruitment”, includes the “part-time contract with training”. Whether we consider the very name of the contract or its characteristics, it can be argued that, *a priori*, in addition to promoting the employability of young people, it aims to contribute to their training. However, the commitment of this type of contract to worker training is extremely tenuous, and indeed practically nonexistent. This paper deals with the profiles of this type of contract and the limited scope of its educational content.

ÍNDICE

1. UN NUEVO INTENTO DE REDUCCIÓN DEL DESEMPLEO JUVENIL MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE ESTÍMULOS A LA CONTRATACIÓN DE LOS JÓVENES
2. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL CON VINCULACIÓN FORMATIVA
 - 2.1. La formación de los jóvenes como mecanismo de lucha contra el desempleo juvenil
 - 2.2. El objeto del contrato: la preeminencia de la inserción laboral frente a la formación de los jóvenes
 - 2.3. Sujetos contratantes: jóvenes desempleados menores de treinta años
 - 2.4. La duración del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: una remisión no tan genérica a las modalidades contractuales previstas en el ET
 - 2.5. La jornada del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: el difícil equilibrio entre necesidades formativas y de inserción laboral del trabajador
 - 2.6. Incentivos a la formalización de contratos a tiempo parcial con vinculación formativa

1. UN NUEVO INTENTO DE REDUCCIÓN DEL DESEMPLEO JUVENIL MEDIANTE EL ESTABLECIMIENTO DE ESTÍMULOS A LA CONTRATACIÓN DE LOS JÓVENES

Como ya viene siendo habitual en las numerosas intervenciones normativas que han tenido lugar desde que irrumpiera la actual crisis económica y financiera en el año 2008, la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo al crecimiento y de la creación de empleo (en adelante Ley 11/2013) muestra su preocupación por las elevadas tasas de desempleo juvenil existentes en nuestro país. En este punto, el apartado II de la Exposición de Motivos de esta norma ya define al desempleo juvenil en España como una “problema estructural, que se ha visto agravado por la crisis, y que presenta graves consecuencias para la situación presente y futura de los jóvenes españoles y limita el crecimiento potencial de la economía española en el largo plazo”. En este contexto, resulta especialmente preocupante la situación de las personas jóvenes que ni trabajan, ni están en el sistema educativo, ni reciben formación, para las que se ha acuñado la denominación de “ni-ni”¹.

Para comprobar el alcance y el drama que en estos momentos supone el desempleo juvenil, el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2013

¹ En este contexto, Guerrero Vizuete, E.: “Las medidas de estímulo a la creación de empleo juvenil contenidas en la Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: puntos críticos”, *Temas Laborales*, núm. 122, 2013, pág.15, considera que “es por ello que la necesidad de luchar contra el desempleo juvenil y favorecer su empleabilidad es vista como una necesidad que ha de ser cubierta sin demora, pues la dificultad de integración en el mercado de trabajo de los jóvenes puede provocar “el denominado “efecto desánimo” ya que la destrucción de empleo y el aumento del tiempo de permanencia en el paro provocan una caída progresiva de la intensidad de búsqueda de trabajo de los jóvenes desempleados, lo que incrementa su propensión a transitar del desempleo a la inactividad”.

cita los datos de Eurostat correspondientes al tercer trimestre de 2012, según los cuales, la tasa de desempleo de los jóvenes menores de 25 años era en ese momento del 54,1%, frente al 23% de la UE-27. Con posterioridad a la aprobación de esta norma los datos aún se fueron agravando, de modo que según la encuesta de población activa del primer trimestre de 2013, la tasa de desempleo juvenil, es decir, de los jóvenes de 16 a 24 años, se elevó al 57,22%, doblando de este modo la tasa de desempleo registrado por la población adulta. En cualquier caso, al igual que sucede con las tasa de desempleo general, la tasa de desempleo de los menores de 25 años ha experimentado una ligera mejoría en la encuesta de población activa del segundo trimestre de 2013, habiendo descendido desde la citada tasa del 57,22 hasta el 56,13 y, posteriormente, en la encuesta de población activa del tercer trimestre, quedando situada en el 54,39%, y en la encuesta de población activa del cuarto trimestre, en que se situaba en el 55,06%. En la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre de 2014, sin embargo, la tasa de desempleo juvenil se ha vuelto a elevar hasta el 55,8%. La extrema gravedad de esta situación resulta incuestionable, no en vano, tasas de desempleo de los menores de 25 años que aún en la actualidad se mueven en torno al 55% resultan insostenibles para quienes las sufren y para la economía del país en su conjunto y no tienen parangón en otros estados de nuestro entorno.

Ahora bien, pese al importante incremento del desempleo juvenil que ha tenido lugar durante la actual crisis económica, no puede considerarse un fenómeno meramente coyuntural, sino que por el contrario, constituye un problema estructural de la economía española. En consecuencia, siendo el desempleo juvenil un problema estructural, deben buscarse las debilidades estructurales que influyen directamente en las cifras de desempleo juvenil. Entre estas debilidades estructurales, el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 11/2013 cita las siguientes: “la alta tasa de abandono escolar, que dobla los valores de la UE-27; la marcada polarización del mercado de trabajo, donde unos jóvenes abandonan sus estudios con escasa cualificación y otros, altamente cualificados, están subempleados; el escaso peso relativo de la Formación Profesional de grado medio y la baja empleabilidad de los jóvenes, especialmente en lo relativo al conocimiento de idiomas extranjeros; la alta temporalidad y contratación parcial no deseada; la dificultad de acceso al mercado laboral de los grupos en riesgo de exclusión social; y la necesidad de mejorar el nivel de autoempleo e iniciativa empresarial entre los jóvenes”². Sobre alguna de estas debilidades estructurales pretende actuar la Ley 11/2013.

Como también se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2013, las medidas adoptadas en esta norma en relación con la lucha

² Sobre estas debilidades estructurales vid. Triguero Martínez, L.A.: “Política jurídica de acceso al empleo de los jóvenes y su instrumentación normativa”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2013.

contra el desempleo juvenil responden a las recomendaciones que en materia de empleo juvenil ha realizado la Comisión Europea y se enmarcan dentro del Plan Nacional de Reformas puesto en marcha por el Gobierno de España a tal efecto. A su vez, las medidas adoptadas por la Ley 11/2013 suponen un desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 que tiene por objetivo impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena o a través del autoempleo y el emprendimiento. A tal efecto, la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven tiene como objetivos “mejorar la empleabilidad de los jóvenes, aumentar la calidad y la estabilidad del empleo, promover la igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral y fomentar el espíritu emprendedor”. Para lo cual, la citada Estrategia se apoya en los siguientes ejes: incentivar la contratación y la iniciativa empresarial entre los jóvenes, adecuar la educación y la formación que reciben a la realidad del mercado de trabajo y reducir la tasa de abandono temprano. Para la consecución de estos objetivos la Estrategia contiene una serie de medidas encaminadas a favorecer la inserción laboral de los jóvenes, ya sea por cuenta ajena o a través del emprendimiento, las cuales han encontrado su primer desarrollo en la Ley 11/2013³.

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven se alinea a su vez con los objetivos de la “Garantía juvenil” europea. Recuérdese en este punto que la “Garantía juvenil” aprobada por el Consejo Europeo comporta que a partir del 2014, cada Estado miembro debe desarrollar acciones concretas para que los jóvenes menores de 26 años puedan tener acceso a una oportunidad seria ya sea de empleo, de formación o de prácticas profesionales en un plazo máximo de cuatro meses tras terminar sus estudios o quedar desempleados. Sin embargo, el presupuesto comprometido para esta y otras iniciativas europeas de fomento del empleo joven no parece acompañar con suficiente intensidad a estas loables y más que necesarias iniciativas.

De las diferentes medidas adoptadas por la Ley 11/2013 para favorecer la inserción laboral de los jóvenes, cabe distinguir entre las medidas dirigidas a fomentar el autoempleo o emprendimiento juvenil y aquellas que pretenden fomentar la contratación por cuenta ajena de este colectivo. El segundo grupo de medidas, que constituyen el objeto central de este trabajo, se encuentran básicamente recogidas en el Capítulo III de la citada norma bajo la rúbrica

³ Un análisis de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en Morales Ortega, J.M.: “La Estrategia de emprendimiento y empleo joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa”, en Fernández López, M.F. y Calvo Gallego, F. J.(Dirs.): *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2013, págs. 65 y ss. Vid. también, Alemán Páez, F.: Las estrategias de empleo juvenil. Aspectos teóricos, políticos y estructurales”, en Monereo Pérez, J.L.: *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil (J.L. Monereo, Coord.)*, monografías de Temas Laborales 52, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014, págs. 583 y ss.

de “estímulos a la contratación”. A tal efecto, el art. 9 regula el “contrato a tiempo parcial con vinculación formativa”, el art. 10, “el contrato indefinido de un joven por microempresas y empresarios autónomos”, el art. 12 el “contrato de primer empleo joven”, el art. 13 los “incentivos a los contratos en prácticas para el primer empleo” y el art. 14 los “incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de economía social”. A estas previsiones debe añadirse la derogación de la prohibición de encadenamiento de contratos formativos prevista en la disposición final segunda de la Ley 11/2013 y también pueden sumarse las previsiones recogidas en las disposiciones finales tercera, cuarta y quinta de la Ley 11/2013 dirigidas a posibilitar la contratación para la formación y el aprendizaje por parte de las empresas de trabajo temporal. Por el contrario, la previsión del art. 11 de “incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven” no constituye una medida de fomento de la contratación de los jóvenes, puesto que en el supuesto previsto en este precepto el joven ocupa la posición de empresario, mientras que el trabajador contratado deberá ser una persona desempleada de edad igual o superior a cuarenta y cinco años. En consecuencia, esta medida responde más a la idea de fomentar el autoempleo o el emprendimiento juvenil que a estimular la contratación laboral de los jóvenes⁴.

Una primera lectura de estas medidas pone de manifiesto que una vez más a la hora de fomentar la contratación juvenil se opta por la reducción de los costes laborales que esta contratación va a suponer, en este caso mediante el recurso al establecimiento de toda una amalgama de incentivos en materia de Seguridad Social, así como también, por una reducción de las barreras de entrada al mercado laboral mediante una flexibilización de las mismas –aparición de nuevas modalidades de contratación y ampliación de los supuestos en que puede acudir a las empresas de trabajo temporal-.

Llama especialmente la atención en este punto la apuesta decidida por la vía de fomento de la contratación juvenil basada esencialmente en el establecimiento de incentivos económicos, no en vano, en los últimos años se había considerado desde diferentes foros que se trataba de una fórmula agotada⁵. Asimismo, habrá que valorar en el futuro los efectos que puedan tener estas medidas en las ya depauperadas arcas de la Seguridad Social.

⁴ Un estudio de estas medidas en Moreno Gené, J.: “Los estímulos a la contratación laboral de los jóvenes en el Real Decreto-Ley 4/2013”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 364, 2013, págs. 45 a 104.

⁵ Sobre el limitado papel de los incentivos para la contratación frente a la evolución económica vid. Pérez del Prado, D.: *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. También crítica al respecto se muestra Ginés I Fabrellas, A.: “Nuevas modalidades contractuales para trabajadores jóvenes. A razón de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo...* cit. pág. 900.

Por lo demás, nos encontramos ante una batería de medidas que tienen por finalidad facilitar “a toda costa” el acceso al mercado laboral de los jóvenes, para lo cual parece estarse dispuesto a sacrificar la calidad de los derechos y de las condiciones laborales de los mismos, especialmente, por lo que respecta a la escasa duración del vínculo contractual, lo reducido de la jornada laboral, las limitadas retribuciones a percibir, etcétera. En definitiva, se sigue avanzando en la ya muy transitada senda de la precarización del empleo juvenil.

La apuesta fundamental por la vía de los incentivos económicos para fomentar el empleo juvenil plantea la duda de si las diferentes medidas recogidas en la Ley 11/2013 pueden considerarse como auténticas modalidades específicas de contratación para los jóvenes o si se trata simplemente de meros incentivos en materia de Seguridad Social dirigidos a este colectivo. En este punto, cabe afirmar que el nuevo régimen de incentivos contractuales previsto en la Ley 11/2013 no se limita exclusivamente a prever estímulos económicos para contratar según las diversas modalidades existentes, sino que introduce modificaciones relevantes en el régimen jurídico de las mismas, las cuales afectan a muchos de sus elementos definidores -sujetos, objeto, duración del contrato, etcétera-, dando lugar de este modo a auténticas modalidades especiales de contratación laboral para los jóvenes⁶. En cualquier caso, debe analizarse cada una de las medidas adoptadas por la Ley 11/2013 para concluir en cada caso si se trata de nuevas modalidades contractuales o de meros incentivos económicos a la contratación.

Dada la vinculación que la norma establece entre las medidas enumeradas y la lucha contra las altas tasas de desempleo juvenil existentes, la mayor parte de las mismas se prevén con una vigencia temporal, vinculada al mantenimiento de estas altas tasas de desempleo juvenil. A tal efecto, la disposición transitoria primera de la Ley 11/2013 establece que “las medidas establecidas en los artículos 9 a 13 de esta ley se mantendrán en vigor hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento, tal y como se establezca reglamentariamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social”. Pese a ello, dadas las previsiones a corto, medio e incluso largo plazo de nuestro mercado de trabajo, se corre el riesgo de que estas medidas coyunturales se transformen en permanentes, modificando de facto la contratación laboral de trabajadores jóvenes, precarizando sus condiciones laborales⁷.

En este punto, como ya ha sucedido en otras intervenciones normativas recientes se echa de menos una mayor precisión en la identificación de este parámetro, en concreto, si la norma se refiere al paro registrado o al paro estimado

⁶ Vid. Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación del mercado laboral: incentivos al “espíritu emprendedor” y retorno del “pensamiento mágico”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 362, 2013, pág. 31.

⁷ Vid. Ginés I Fabrellas, A.: “Nuevas modalidades contractuales...” cit. pág. 903.

por la encuesta de población activa. A tal efecto, parece razonable pensar que el 15% de paro toma como referencia la Encuesta de Población Activa, si bien, no queda claro si se refiere al dato trimestral o a la media anual. Habrá que estar al desarrollo reglamentario previsto a tal efecto en la citada disposición transitoria.

Como puede observarse, a pesar de las continuas declaraciones del Gobierno en la línea de reducir las modalidades contractuales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, se ha optado una vez más por la creación de nuevas modalidades contractuales particulares las cuales se suman a las modalidades contractuales genéricas preexistentes, incrementándose de este modo aún más la confusión ya existente en este punto. Este panorama se complica si tenemos en cuenta que una vez más se ha optado por crear nuevos tipos contractuales ubicados al margen del Estatuto de los Trabajadores que, por el contrario, sí recoge la mayor parte de modalidades contractuales indefinidas y temporales, no habiéndose aprovechado la ocasión para simplificar el tan criticado “exceso” de modalidades contractuales existentes o, en cualquier caso, para haberlas recogido todas en un mismo texto legal, en particular, en el Estatuto de los Trabajadores. Esta valoración no varía necesariamente por el hecho de que estas modalidades contractuales específicas únicamente se mantendrán en vigor hasta que las tasas de desempleo en nuestro país se sitúen por debajo del 15 por ciento, no en vano, como ya se ha indicado, a pesar de esta previsión, las actuales tasas de desempleo en España superiores al 25 por ciento permiten afirmar que estas modalidades contractuales específicas van a tener una vida muy longeva. No se opone a dicha conclusión el hecho de que recientemente se haya procedido a una cierta simplificación administrativa de los diferentes modelos de contrato.

Las diferentes medidas para el estímulo a la contratación laboral de los jóvenes previstas en la Ley 11/2013 pueden clasificarse a su vez en tres categorías distintas en atención a los objetivos, siempre aparentemente mixtos, que se pretende alcanzar con las mismas y los mecanismos empleados para ello. En primer lugar, encontramos una medida que pretende fomentar la contratación de los jóvenes desempleados mediante el impulso a la formación y cualificación profesional de los mismos y la mejora de su experiencia profesional y, en consecuencia, de su empleabilidad. En esta categoría se encuentra el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, los incentivos a los contratos en prácticas para el primer empleo, la derogación de la prohibición de encadenamiento de contratos formativos y la admisibilidad de la contratación para la formación y el aprendizaje por parte de las empresas de trabajo temporal. En segundo lugar, encontramos diferentes medidas que apuestan nítidamente por la inserción ocupacional de los jóvenes habilitando e incentivando al respecto diferentes mecanismos de contratación temporal de los mismos. En esta cate-

goría se encuentra el contrato de primer empleo joven y la inserción laboral de jóvenes en riesgo de exclusión social por empresas de inserción. Y, finalmente, una última medida apuesta decididamente por el fomento de la contratación indefinida de los jóvenes, al tiempo que supone una vía de apoyo a los emprendedores. En esta categoría se encuentra la contratación indefinida de jóvenes por microempresas y empresarios autónomos.

En este contexto, en este estudio nos centraremos específicamente en una de las medidas que pretenden fomentar la contratación de los jóvenes desempleados mediante el impulso a la formación y cualificación profesional de los mismos y la mejora de su experiencia profesional, en concreto, en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa introducido por la Ley 11/2013.

2. EL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL CON VINCULACIÓN FORMATIVA

2.1. La formación de los jóvenes como mecanismo de lucha contra el desempleo juvenil

La crisis financiera y económica ha llevado al desempleo a miles de jóvenes, muchos de los cuales, llamados por la expansión del sector de la construcción, abandonaron prematuramente en su día el sistema educativo para ocupar empleos de baja calidad, por lo que sus niveles de cualificación son muy bajos. En consecuencia, a los habituales efectos de destrucción del empleo de cualquier crisis económica, debe sumarse en esta ocasión las casi insalvables dificultades que plantea que este ejército de nuevos desempleados pueda volverse a incorporar al mercado de trabajo, puesto que uno de los sectores económicos que hasta el momento los acogía, es decir, el sector de la construcción, no muestra signos de que en los próximos años pueda volver a darles ocupación, cuanto menos en las ingentes cantidades con que lo había hecho en la última década y, a su vez, estos desempleados carecen en muchas ocasiones de una cualificación profesional que les permita su inserción laboral en otros sectores económicos más resistentes a la crisis⁸.

En este contexto, la única vía para invertir esta situación no puede ser otra que la mejora de la cualificación de estas personas jóvenes, no en vano, la me-

⁸ Molina Navarrete, C.: “La “nueva” reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 343, 2011, pág. 170, pone especial énfasis en esta conexión directa entre desempleo juvenil y falta de cualificación profesional al indicar que “la realidad de la juventud en nuestro país es que más de un millón y medio de desempleados tienen menos de 30 años y, paradójicamente en una época en la que se presume recurrentemente de disponer de la “generación de jóvenes” mejor formada de la historia de España, más de la mitad de esa cifra de “jóvenes desempleados” no tienen ni una formación mínima obligatoria”.

jora de las oportunidades de empleo está directamente relacionada con el nivel de cualificación de las personas. Con la finalidad de contribuir a la mejora de la cualificación de los jóvenes al tiempo que favorecer su inserción laboral, la Ley 11/2013 contempla el contrato a tiempo parcial para jóvenes con vinculación formativa con el que aparentemente se pretende vincular la contratación de los jóvenes a tiempo parcial con la mejora de su formación, incentivando para ello al empresario mediante la previsión de suculentos beneficios en materia de Seguridad Social. A partir de estas premisas se ha considerado que este tipo de contrato “tendencialmente, se trata de una medida de política de empleo, dirigida a un sector concreto de población (“jóvenes desempleados”), caracterizado por un situación de empleo crítica y con una problemática particular relacionada con la inexistente experiencia laboral –a lo sumo muy breve-, y en una etapa de la vida profesional cercana si no frecuentemente unida al inicio o continuidad en el desarrollo de actividades dirigidas a fortalecer la cualificación obtenida o a complementar conocimientos”⁹.

A pesar de que en una primera impresión la finalidad de esta modalidad contractual recuerda a los contratos formativos –contrato en prácticas y contrato para la formación y el aprendizaje-, no en vano, tanto en estas modalidades contractuales como en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se persigue mejorar la cualificación profesional y la experiencia laboral del trabajador, una comparativa de todas estas modalidades contractuales pone inmediatamente de manifiesto el trato sustancialmente distinto que ambas modalidades contractuales dispensan a la formación del trabajador¹⁰.

2.2. El objeto del contrato: la preeminencia de la inserción laboral frente a la formación de los jóvenes

Aunque el art. 9 de la Ley 11/2013 no lo diga de un modo expreso, tanto si atendemos a la denominación del contrato “contrato a tiempo parcial con vinculación formativa” como al contenido del mismo, puede afirmarse que esta modalidad contractual tiene como finalidad, además de la inserción laboral de los jóvenes desempleados, mediante la técnica del reparto del empleo, contribuir a la formación de los mismos. A tal efecto, el apartado 3 del art. 9 de la Ley 11/2013 establece que “los trabajadores deberán compatibilizar el

⁹ Vid. Prados De Reyes, F.J.: “Modalidades contractuales y política de empleo juvenil”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho del Trabajo ...* Cit. pág. 263. Vid. también, González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos a la contratación contenidos en la Ley 11/2013”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013, pág. 161.

¹⁰ Prados De Reyes, F.J.: “Modalidades contractuales...” cit. pág. 264, indica que “los objetivos de la formación o el favorecimiento de la cualificación profesional no adquieren aquí el protagonismo que presentan en las modalidades contractuales clasificadas entre los contratos formativos”.

empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato”.

Sin embargo, como fácilmente puede observarse, el compromiso entre esta modalidad contractual y la formación del trabajador es extremadamente tenue, puesto que esta modalidad contractual se limita a establecer la obligación de que el trabajador haya recibido una determinada formación con carácter previo a la celebración del contrato o que la misma se esté recibiendo durante la vigencia del contrato, sin establecerse ninguna otra obligación de carácter formativo derivada de la formalización del contrato. Ello permite afirmar que a diferencia de los contratos formativos, en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa la capacitación del trabajador ni llega a implicar el contenido obligacional de la relación ni las peculiaridades que presenta encuentran su motivación en la integración de los contenidos formativos en la estructura contractual¹¹. Veamos a continuación los términos en los que se regula la formación que debe concurrir en esta modalidad contractual.

A) El contenido de la formación

Por lo que respecta al contenido de la formación, el art. 9.3 de la Ley 11/2013 contempla dos posibilidades distintas:

- Formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo.
- Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual.

Llama la atención el carácter tan amplio, desde una vertiente cuantitativa y cualitativa, con que se describe la formación que se puede vincular a esta modalidad contractual. Nada hay que objetar al respecto cuando la formación que se vincula al contrato celebrado consista en cualquier formación acreditable oficial o se trate de una formación promovida por los Servicios Públicos de Empleo, puesto que en ambos supuestos nos encontramos ante una formación de suficiente entidad¹². A tal efecto, en este supuesto cabe incluir la enseñanza secundaria obligatoria, el bachillerato, estudios universitarios y estudios de formación profesional de cualquier nivel, certificados de profesionalidad y los cursos de formación e inserción promovidos por los servicios públicos de empleo.

Más reticencias puede provocar, sin embargo, la admisibilidad de que se trate de formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual, puesto que no nos parece que esta previsión garantice en todo caso que el trabajador haya reci-

¹¹ Vid. Prados De Reyes, F.J.: “Modalidades contractuales...” cit. pág. 264.

¹² A tal efecto, Miñarro Yanini, M.: “El contrato a tiempo parcial con vinculación formativa para el fomento del empleo juvenil: la formación como excusa de la precarización incentivada del trabajo”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho...* cit. pág. 204, considera que esta formación cuenta “con la fiabilidad que le confiere el elemento oficial-público”.

bido una cualificación profesional suficiente¹³. A tal efecto, se plantean serias dudas por la falta de garantías relativas a la entidad que ha de impartir esta formación y por la brevedad de la duración de la formación exigida. Por ello, se ha indicado que a pesar de que la formación en idiomas y nuevas tecnologías no resulta mala opción, debería haberse formulado esta formación de un modo más riguroso, exigiendo garantías de calidad de las entidades que la imparten, así como que alcanzara una duración mínima suficiente para hacer posible el aprendizaje¹⁴. En otros términos, si bien parece aceptable la promoción del trabajo a *part time* en segmentos profesionales de cierta cualificación, no parece que dicha posibilidad deba ampliarse a cualquier tipo de cualificación.

En este sentido, se ha indicado que hubiera sido preferible definir más específicamente las características de la formación, “buscando con la ayuda, por ejemplo, que los jóvenes adaptasen su formación hacia sectores innovadores, como en el modelo sueco, o destinándola, como se ha hecho en Irlanda recientemente, únicamente a jóvenes procedentes del sector de la construcción para otorgarles capacitación en la instalación de tecnologías verdes en hogares y empresas o para llevar a cabo verificaciones del cumplimiento de los criterios de eficiencia energética”¹⁵.

B) Momento y forma en que debe recibirse la formación

Por lo que respecta al momento y forma en que debe recibirse la formación, el art. 9.3 de la Ley 11/2013 contempla dos posibilidades distintas:

- Haber recibido la formación en los seis meses previos a la celebración del contrato.
- Recibir la formación durante la vigencia del contrato.

Aunque, en un principio, ambas posibilidades se sitúan en la ley en un plano de igualdad, de modo que libremente puede optarse entre una u otra posibilidad, el hecho de que, como se indicará en su momento, se vaya a permitir una ampliación de la reducción prevista en la norma por un año más siempre y cuando el contrato laboral siga vigente y compatibilizándose con la formación, o la misma se haya cursado en los seis meses previos a la finalización de los primeros doce meses, pone de manifiesto la opción prioritaria del legislador de que la formación se reciba mientras se está trabajando¹⁶.

La opción por cada una de estas posibilidades no afecta exclusivamente al

¹³ Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.): *Retos del Derecho...* cit. pág. 195, mantienen que en este supuesto se relativiza la exigencia de un factor formativo, al no tener el mismo peso una formación acreditada oficial que el seguimiento de un curso de sólo 90 horas en idiomas o nuevas tecnologías.

¹⁴ Vid. Miñarro YaninI, M.: “El contrato a tiempo parcial...” cit. pág. 205.

¹⁵ Vid. López Terrada, E.: “Crisis económica y medidas de fomento de la contratación: los “estímulos” del RD Ley 4/2013”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 160, 2013.

¹⁶ Vid. Taléns Visconti, E.: “Estímulos a la contratación”, en AAVV: *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 184.

momento en que debe llevarse a cabo la formación, sino que incide de un modo decisivo en la relación trabajo/formación que se deriva de la formalización del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa.

Por una parte, si la formación se ha recibido con anterioridad a la formalización de esta modalidad contractual, el trabajo que se realiza por parte del trabajador, si coincide en todo o en parte con la formación recibida, le permitirá poner en práctica los conocimientos de carácter más teórico adquiridos en su momento. Desde esta perspectiva, el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se asemejaría más a un contrato en prácticas, no en vano, en esta modalidad contractual se exige que el trabajador en el momento de la contratación se encuentre en posesión de determinadas titulaciones académicas, profesionales o laborales, que presuman unos conocimientos teóricos del trabajador, que son precisamente los que se aplican y perfeccionan con la prestación de servicios desarrollada a través de esta modalidad contractual.

La finalidad de que el contrato de trabajo a tiempo parcial con vinculación formativa deba permitir al trabajador adquirir una cierta experiencia profesional en relación con la formación previamente cursada, explicaría a su vez la limitación que contempla el precepto de que la referida formación se haya recibido en los seis meses previos a la celebración del contrato, no en vano, la previsión de este arco temporal dentro del cual puede formalizarse el contrato parece responder a la conveniencia de que exista una cierta relación de inmediatez entre el momento de la obtención de la formación y el comienzo de la práctica.

En este supuesto, durante la vigencia del contrato ya no será necesario que el trabajador siga formándose, con lo que la vinculación formativa se debilita notablemente, quedando reducida a obtener una experiencia profesional ajustada o no a la formación previamente obtenida. En consecuencia, la formación previa actúa exclusivamente como un condicionante para la celebración del contrato pero ya no se exige que continúe o se repita durante la vigencia del mismo¹⁷.

Por otra parte, si la formación se recibe de forma paralela a la prestación de servicios y estos servicios se encuentran relacionados con la formación que se está recibiendo, puede producirse una especie de formación en alternancia mediante la cual el trabajador puede cotejar la formación teórica recibida con el trabajo que está realizando, lo cual debe redundar en una mejor cualificación profesional del mismo. Desde esta perspectiva, el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se asemejaría más a un contrato para la formación y el aprendizaje, puesto que esta modalidad contractual pretende alcanzar la

¹⁷ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 194.

“cualificación profesional de los trabajadores” fijando para ello una determinada metodología, que no es otra que la del aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo”.

Para el supuesto en que la formación se compatibilice con el empleo, nada se establece en la normativa, de modo que no quedan especificados ni el momento en que deberá iniciarse la formación y si la misma deberá desarrollarse o no durante toda la vigencia del contrato. La imprecisión de la norma plantea la cuestión de si resulta obligatorio o no que la actividad formativa se lleve a cabo desde el inicio de la prestación laboral o puede desarrollarse en cualquier momento durante la vigencia del mismo¹⁸. Por no regularse, no se regula ni tan siquiera las consecuencias que pudieran tener el abandono o el persistente desaprovechamiento de las actividades formativas por parte del trabajador cuando las mismas se compatibilizan con el trabajo, es decir, si ello afectaría a la subsistencia del contrato y a los estímulos económicos asociados al mismo. Sin lugar a dudas, la importancia de estas cuestiones requeriría de una mayor precisión por parte de la norma.

A pesar de la falta de previsión al respecto, se ha considerado que ello “no debiera impedir la aplicación de determinados límites a las facultades empresariales una vez concertada la relación cuando su ejercicio entre en contradicción con el desarrollo de las actividades formativas comprometidas por el trabajador”. De esta forma la “compatibilidad” exigida en el n. 3 y aludida en el n. 1, art. 9, L. 11/2013 podría interpretarse que lo es entre las condiciones de trabajo y exigencias de la formación, de manera que, en situaciones límite, las exigencias que derivan de la misma llegarían a condicionar ciertas condiciones de trabajo (horarios, turnos, etc.) que posibiliten (“compatibilizar”) el desarrollo de las actividades formativas¹⁹.

La falta de previsión se extiende también a la forma en la que debe recibirse la formación, de modo que no es necesario que el trabajador la curse de forma presencial, sino que la misma también podrá dispensarse en régimen de educación virtual o a distancia²⁰.

¹⁸ A tal efecto Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 194, consideran que en este supuesto la formación debe existir y ser un tipo de formación de las previstas en el art. 9.3 de la Ley 11/2013 y compatibilizarse con el trabajo, al menos temporalmente, pero no mantenerse de una forma continuada a lo largo de toda la vigencia del contrato.

¹⁹ Vid. Prados De Reyes, F.J.: “Modalidades contractuales...” cit. pág. 265.

²⁰ Vid. Selma Penalva, A.: “Dudas sobre los incentivos económicos para la “contratación con vinculación formativa”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013, pág. 180.

C) Relación entre contenido de la formación y actividad laboral

Por lo que se refiere a la relación entre el contenido de la formación que se ha recibido previamente o que se va a compatibilizar con la actividad a desarrollar como consecuencia de la formalización del contrato, la redacción del art. 9.3 de la Ley 11/2013 parece admitir al respecto dos posibilidades distintas: en primer lugar, que la formación esté vinculada específicamente al puesto de trabajo; y, en segundo lugar, que la formación no esté vinculada específicamente al puesto de trabajo. Esta previsión llama especialmente la atención, puesto que la mera posibilidad de que el puesto de trabajo objeto del contrato no se encuentre vinculado a la formación exigida para la formalización del contrato supone que a pesar de que este contrato se defina como un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, esta vinculación pueda llegar a ser únicamente formal, es decir, consistente en que el trabajador haya cursado una determinada formación o que la esté cursando durante la vigencia del contrato, sin existir relación alguna entre dicha formación y la prestación de servicios desarrollada por el trabajador.

La posibilidad de que no exista relación entre la formación del trabajador y el puesto de trabajo a desempeñar por el mismo desnaturaliza a nuestro entender cualquier finalidad u objetivo formativo de esta modalidad contractual, convirtiéndola en un mero mecanismo de inserción laboral mediante la previsión de determinados incentivos en materia de Seguridad Social²¹. En otros términos, pasa a ser una modalidad contractual que se limita a posibilitar o favorecer la formación del trabajador. Únicamente en aquellos supuestos en que exista una vinculación efectiva entre la formación y el puesto de trabajo objeto del contrato podrá considerarse que esta modalidad contractual cumple junto a la finalidad de inserción una finalidad formativa. Esta última opción debería haber sido la única admitida para poder formalizar esta modalidad contractual. En esta dirección, la exigencia de una vinculación específica entre la formación y el puesto de trabajo ya fue reclamada por diversos grupos parlamentarios durante la tramitación del proyecto de ley²².

En su defecto, debería interpretarse la expresión de que la formación no tiene que estar vinculada “específicamente” al puesto de trabajo objeto de con-

²¹ En la misma dirección vid. Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” cit. pág. 51. Triguero Martínez, L.A.: “Política jurídica de acceso...” cit. pág. 116, considera que ello “supone, en la práctica, la descausalización *strictu sensu* de la formación, por más que se exprese específicamente que el objeto del contrato es compatibilizar la prestación profesional con la formación”.

²² A título de ejemplo, la enmienda núm. 222 del grupo socialista consideró que el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa aumentaría la precarización de los contratos para la formación y el aprendizaje y, asimismo, al desaparecer la vinculación de la actividad con la formación, se exoneraba al empresario de la responsabilidad de facilitarla, gratificándosele además con una reducción de la cuota empresarial que puede alcanzar hasta 20 mensualidades. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados de 29 de mayo de 2013.

trato en el sentido que al menos debería estarlo de forma “genérica” y, en consecuencia, tener alguna conexión, aunque sea mínima, con el empleo a desempeñar en la empresa²³. No parece, sin embargo, que esta sea la interpretación que se esté dispensando al precepto.

En definitiva, a pesar de las declaraciones iniciales, la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa responde a un claro objetivo de inserción laboral de los jóvenes y únicamente de un modo marginal a una finalidad de contribuir a la cualificación profesional de los mismos. Esta finalidad de inserción laboral y, en mucha menor medida, la de formación de los jóvenes que se persigue con esta modalidad contractual, marcan todo el régimen jurídico de esta modalidad contractual.

Asimismo, como acertadamente se ha puesto de manifiesto, “estamos ante una modalidad contractual que presenta puntos de conexión con otros contratos ya existentes, pues si es posible su formalización cuando el trabajador ha recibido formación en los seis meses anteriores ¿el contrato a celebrar no sería de prácticas?. O cuando el trabajador menor de treinta años carezca de título oficial de enseñanza obligatoria, de formación profesional o de certificado de profesionalidad y se celebre este contrato alternando formación y trabajo ¿no estaremos en el ámbito del contrato para la formación y el aprendizaje?”. Por todo ello, se ha considerado que “nos encontramos, en nuestra opinión, ante una medida reiterativa que persigue facilitar la inserción laboral precarizando las condiciones laborales del trabajador, el cual no tiene la garantía de recibir una práctica profesional acorde a la formación realizada, y con el acicate del menor coste económico para el empleador”²⁴.

D) Coste de la formación

Ninguna previsión contempla el art. 9 de la Ley 11/2013 sobre quién debe soportar el coste de la formación recibida por el trabajador con el que se formaliza el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, a diferencia de lo que sucede con el contrato para la formación y el aprendizaje. Todo hace pensar que la finalidad es que dicho coste sea asumido exclusivamente por el trabajador, no en vano, la formación justificativa de esta modalidad contractual puede llegar a ser recibida con anterioridad a la formalización del contrato. Frente a ello, se ha considerado que debería haberse regulado esta materia, “disponiendo expresamente que el coste de la formación no puede recaer sobre el trabajador y estableciendo la fórmula concreta que ha de aplicarse”²⁵.

²³ Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 196.

²⁴ Vid. Guerrero Vizuete, E.: “Las medidas de estímulo...” cit. pág. 24.

²⁵ Vid. Miñarro Yanini, M.: “El contrato a tiempo parcial...” cit. pág. 205.

2.3. Sujetos contratantes: jóvenes desempleados menores de treinta años

El art. 9 de la Ley 11/2013 establece diferentes requisitos dirigidos al empresario y al trabajador que pretenden formalizar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa. Veamos a continuación el alcance de los mismos.

A) Requisitos relativos al empresario

En relación con el empleador que puede acudir a esta modalidad contractual, el art. 9 de la Ley 11/2013 establece que la misma podrá formalizarse por “las empresas, incluidos los trabajadores autónomos”. A partir de este enunciado la doctrina ha considerado que del mismo se desprende la exigencia de que el empleador coincida con un empresario mercantil, aun cuando sea trabajador autónomo, excluyéndose de este modo algunas formas de empleadores en los que no concorra este carácter, básicamente las administraciones públicas y los empleadores en quienes no concorra la finalidad profesional, comercial o económica, como es el caso de alguna relación laboral de carácter especial²⁶.

Una vez más, la norma menciona de un modo expreso a los trabajadores autónomos entre los posibles sujetos que pueden acudir a esta modalidad contractual. Aunque no sería necesaria la inclusión expresa de este colectivo para que el mismo pudiera acudir a esta modalidad contractual, constituye una muestra más de la voluntad del legislador de señalar al colectivo de los autónomos como uno de los beneficiarios específicos de las diferentes iniciativas de fomento del empleo puestas en marcha en los últimos años²⁷.

Este enunciado tan genérico de los empleadores que pueden acudir al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa plantea, sin embargo, la cuestión de si deben incluirse a las empresas de trabajo temporal. En este punto, puede afirmarse que al no contemplarse una previsión en contrario, no parece que el legislador se haya planteado la exclusión de los contratos de puesta a disposición como beneficiarios de esta medida de incentivo a la contratación²⁸.

A diferencia de lo que sucede con otras modalidades contractuales previstas en la Ley 11/2013, como es el caso del contrato indefinido de joven desempleado menor de treinta años que se dirige específicamente a microempresas, el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa puede ser utilizado indistintamente por todo tipo de empresas con independencia del volumen de su plantilla, pudiéndose ser utilizado, por tanto, por pequeñas, medianas y grandes empresas, así como por trabajadores autónomos. En todo caso, las empresas podrán beneficiarse de la reducción en un porcentaje variable en dos

²⁶ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 182.

²⁷ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. págs. 182 y 183.

²⁸ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. págs. 182 y 183.

escalas según cual sea su plantilla: menos de 249 trabajadores y 250 o más. Sin embargo, ello no permite afirmar que se esté apoyando específicamente a las pequeñas y medianas empresas, no en vano, el umbral fijado de los 250 trabajadores da cabida a empresas de dimensiones más que considerables²⁹.

Ahora bien, el art. 9.5 de la Ley 11/2013 establece una limitación a la formalización de esta modalidad contractual que no afecta tanto a la configuración del empresario, sino a su comportamiento previo a la contratación. A tal efecto se prevé que “para poder acogerse a esta medida, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deberán no haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas a partir del 24 de febrero de 2013, 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”. La finalidad de esta previsión no es otra que la de evitar los efectos perniciosos que se pueden derivar de la aprobación de esta nueva modalidad contractual, en concreto, que se proceda a despedir a trabajadores con contrato vigente con el único propósito de sustituirlos por trabajadores vinculados mediante esta nueva modalidad contractual más favorable para los intereses del empresario³⁰.

En consecuencia, cualquier extinción de un contrato realizada por el empresario en los seis meses anteriores a la celebración del contrato de trabajo a tiempo parcial con vinculación formativa que merezca la calificación de improcedente impide la formalización del mismo, sea cual sea la causa de la extinción y con independencia de si la improcedencia ha sido declarada o no por una sentencia judicial³¹. Al exigirse en todo caso no sólo que el empresario haya adoptado decisiones extintivas, sino que estas sean calificadas como improcedentes, el momento de esta calificación será el que deberá tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de seis meses previsto en la norma. Por el contrario, no se toman en consideración otros supuestos de extinción por causa no imputable al trabajador, como es el caso de la extinción del contrato por su cumplimiento o a iniciativa del trabajador como consecuencia de su traslado o de la modificación de sus condiciones de trabajo.

Ahora bien, se establecen dos matizaciones a esta limitación para la formalización del contrato de trabajo a tiempo parcial con vinculación formativa:

²⁹ De la misma opinión, Miñarro Yanini, M.: “El contrato a tiempo parcial...” cit. pág. 199.

³⁰ Vid. González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos...” cit. pág. 161.

³¹ En sentido contrario, Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. págs. 205 y 205, consideran que la decisión sobre el carácter procedente o improcedente de la decisión extintiva solo cabe cuando ha habido una declaración judicial. Guerrero Vizuete, E.: “Las medidas de estímulo...” cit. pág. 23, también se muestra crítica con la redacción de este precepto.

en primer lugar, la limitación afecta únicamente a las extinciones producidas con posterioridad al 24 de febrero de 2013; y, en segundo lugar, la limitación únicamente se tiene en cuenta para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional ocupados por los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo. Respecto a la primera matización, además de no tenerse en cuenta las extinciones llevadas a cabo con anterioridad a los 6 meses a la contratación mediante esta modalidad contractual, tampoco se toman en consideración las producidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante, Real Decreto-Ley 4/2013), es decir, con anterioridad al 24 de febrero de 2013, presumiéndose, por tanto, que en estos supuestos no puede haberse producido por parte del empresario el comportamiento que se pretende evitar con esta previsión de despedir a trabajadores con contrato en vigor con el único propósito de sustituirlos por trabajadores vinculados mediante esta nueva modalidad contractual³².

Respecto a la segunda matización, la prohibición de contratar se ciñe a la cobertura de puestos de trabajo del mismo grupo profesional y para el mismo centro o centros de trabajo que ocupaban los afectados por la extinción contractual declarada improcedente, de modo que nada impide que se acuda a esta modalidad contractual para cubrir puestos de trabajo correspondientes a distinto grupo profesional o centro de trabajo que han sido objeto de extinción contractual declarada improcedente, lo cual puede dar lugar a comportamientos por parte del empresario dirigidos a eludir esta previsión mediante el encuadramiento de la nueva contratación en otro grupo profesional o en otro centro de trabajo. En definitiva, ambas matizaciones a la prohibición genérica de contratación a través de esta modalidad contractual contenidas en el art. 9.5 de la Ley 11/2013 hacen presumir que la misma va a tener un efecto muy limitado en la práctica, posibilitándose de este modo la formalización de esta modalidad contractual en situaciones más que discutibles y que aparentemente querían ser excluidas por el legislador.

B) Requisitos relativos al trabajador

A diferencia de lo que sucede con la figura del empresario, la identificación del trabajador que puede ser contratado a través de esta modalidad contractual sí viene específicamente fijada por la normativa que, en primer lugar, establece una delimitación general del colectivo y, en segundo lugar, contempla los requisitos adicionales que los mismos deberán satisfacer. Por lo que respecta a la

³² Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” cit. pág. 52, consideran que estas matizaciones permiten abrir la regla formalmente prohibitiva a diversas “trampas legales” para su elusión.

delimitación general, el art. 9.1 de la Ley 11/2013 identifica como destinatarios del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa a los “jóvenes desempleados menores de treinta años”. Son dos, por tanto, las notas que identifican a este colectivo: que se trate de trabajadores jóvenes menores de treinta años y que se trate de desempleados.

Por lo que respecta al primer requisito, es decir, el de la edad, la norma lleva a cabo una interpretación de lo que debe entenderse por joven según la cual incluye a todos aquellos que sean menores de 30 años, de modo que podrán acogerse a esta modalidad contractual todos aquellos que tengan entre 16 y 29 años de edad. Esta delimitación de lo que debe entenderse por una persona joven es común a las diferentes iniciativas adoptadas por la Ley 11/2013³³. Aunque la edad mínima no se establece de forma expresa en la norma, la misma se corresponde con la mínima para poder trabajar prevista en el art. 6.1 ET, por lo que no supone ninguna limitación para la formalización del contrato. La edad máxima para la formalización del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, por el contrario, sí que supone una limitación o restricción a la posibilidad de formalizar este contrato y, por tanto, requiere de algún tipo de justificación o explicación de porqué se toma una edad y no otra.

Sin ninguna duda, la justificación a este límite máximo de edad debe buscarse en el contexto en el que se ha aprobado la Ley 11/2013, caracterizado por una alta tasa de desempleo de los menores de 30 años y por un nivel muy bajo de cualificación profesional en un porcentaje muy elevado de los mismos. En consecuencia, una limitación de la edad máxima prevista para la formalización de este contrato por debajo de esta edad hubiera dejado fuera de esta modalidad contractual a una gran parte de los actuales jóvenes desempleados que actualmente carecen de cualificación o experiencia profesional. En este contexto, cabe recordar que otras medidas de fomento del empleo previstas en los últimos años también se mueven en torno a esta edad, como sucede con el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores o con el contrato para la formación y el aprendizaje.

³³ Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 214, pone de manifiesto como ante la dificultad de delimitar el concepto de “joven” debe acudirse al fijado en cada medida laboral que se adopta. A tal efecto, Álvarez Gimeno, R.: “La inserción de los jóvenes profesionales cualificados en el mercado de trabajo”, en *Estrategia, Estado Autonómico y Política de Empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, pág. 756, indica que “de la mayoría de las medidas articuladas por el legislador español se puede extraer la conclusión de que, *lato sensu*, a efectos sociolaborales, jóvenes son aquellas personas que tienen más de dieciséis años, edad por debajo de la cual no se puede trabajar en nuestro ordenamiento, y menos de treinta”. En la misma dirección, AAVV: *El papel de la juventud en el sistema productivo español*, CES, Madrid, 2005, pág. 5 y AAVV: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pág. 19.

La opción por incentivar exclusivamente por esta vía la contratación de los menores de 30 años al tiempo que supone un importante acicate para fomentar la contratación de este colectivo, lo cual debe merecer una valoración positiva, dados los altos niveles de desempleo que el mismo soporta, puede comportar, sin embargo, un efecto disuasorio para la contratación de otros colectivos también muy golpeados por la crisis económica y por el desempleo, pudiendo tener esta medida, por tanto, efectos perniciosos en ningún caso buscados ni deseados. Los elevados porcentajes de desempleo juvenil, sin embargo, parecen justificar esta medida.

La Ley 11/2013 ha introducido una excepción al requisito de la edad, según la cual “los incentivos a la contratación previstos en los artículos 9 (...), serán también de aplicación cuando el contrato se celebre con jóvenes menores de 35 años que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, siempre que cumplan también el resto de requisitos previstos en los referidos artículos”. De este modo, la norma toma en consideración las especiales dificultades de inserción del colectivo de las personas con discapacidad posibilitándose que puedan acceder a esta modalidad contractual a pesar de haber superado la edad prevista de forma ordinaria de 30 años, en concreto hasta los 35 años.

Por lo que respecta al segundo requisito que deben satisfacer los trabajadores para poder formalizar el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, la norma requiere que se trate de jóvenes desempleados. La exigencia de que el trabajador se encuentre desempleado configura a esta medida como un mecanismo de fomento del empleo y no como un mecanismo de movilidad en el empleo, puesto que no podrán acudir a esta modalidad contractual quienes ya estuvieran trabajando, aunque los mismos quieran cambiar de empleo.

Llama la atención que la norma no contemple de un modo expreso que se trate de desempleados inscritos en la oficina de empleo, con lo cual se garantizaría mejor que se trate de jóvenes que carecen de empleo pero que tienen la máxima predisposición a obtener uno³⁴, tal vez, como ha indicado la doctrina, ello se deba a que el legislador sea conecedor de que al joven desempleado con escasa formación la inscripción en la oficina de empleo ya le supone una traba³⁵. Asimismo, tampoco se exige que los desempleados se encuentren percibiendo prestación de desempleo alguna, de modo que esta medida no ampara exclusivamente a los perceptores de la prestación por desempleo, sino que comprende también a quienes ya han agotado la prestación por desempleo, a quienes buscan su primer empleo, a quienes no han generado el derecho a

³⁴ Taléns Visconti, E.: “Estímulos...” cit. pág. 185, considera que debería haberse incorporado el requisito de la inscripción en el servicio de empleo competente, “tanto para fomentar la inscripción en el servicio de empleo competente (...) como para lograr un mayor control de la situación desempleada”.

³⁵ Vid. González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos...” cit. pág. 162.

prestación por desempleo, a los beneficiarios del subsidio de desempleo o de la renta activa de inserción, etcétera.

Además de tratarse de jóvenes desempleados menores de treinta años, los trabajadores que vayan a ser contratados a través del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa deberán cumplir alguno de los siguientes requisitos:

- No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses.
- Proceder de otro sector de actividad.
- Ser desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación.
- Carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad.

Como puede observarse, se trata de requisitos alternativos y no acumulativos, de modo que será suficiente con cumplir cualquiera de ellos para poder acceder al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa. El factor común a todas estas vías de acceso a esta modalidad contractual es que se trata de situaciones que hacen prever que el joven desempleado tendrá especiales dificultades para incorporarse al mercado laboral, ya sea porque carece de formación o cualquier experiencia laboral, porque procede de otro sector de actividad, o bien, porque se trata de un desempleado de larga duración³⁶.

Por lo que respecta al primer supuesto, la falta de experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses es precisamente la que se pretende combatir con la formalización de esta modalidad contractual, no en vano se la responsabiliza de las dificultades de inserción en el mercado laboral de las personas jóvenes. A tal efecto, se pretende romper el círculo vicioso que impide al joven acceder a su primer empleo por carecer de experiencia y al mismo tiempo le impide obtener experiencia porque no puede acceder a su primer empleo. En este punto llama la atención que para ser un posible destinatario de esta modalidad contractual no sea necesaria una falta o carencia absoluta de experiencia laboral, sino que también se admiten los supuestos de muy escasa experiencia laboral. A tal efecto, se admite que se disponga de una cierta experiencia laboral siempre que esta sea inferior a tres meses. En consecuencia, podrán ser destinatarios de esta modalidad contractual aquellas personas que a pesar de haber tenido alguna experiencia laboral se considere que la misma han sido muy breve y, en consecuencia, no resulta suficiente para poderse considerar que ya se dispone de la experiencia profesional necesaria para la incorporación en el mercado laboral.

³⁶ En esta dirección, Ginés I Fabrellas, A.: “Nuevas modalidades contractuales...” cit. pág. 899, concluye que la selección de estos tres colectivos –trabajadores jóvenes, desocupados, sin o con escasa experiencia profesional previa y sin formación- como foco de las medidas contractuales introducidas por la Ley 11/2013 es la adecuada.

El enunciado del precepto parece exigir que la falta o la muy escasa experiencia profesional lo sea en cualquier actividad y no únicamente en la actividad en la que se pretenda ser contratado a través de esta modalidad contractual, de modo que si el trabajador ha trabajado en otro sector de actividad adquiriendo una experiencia profesional, no se considerará que carece de experiencia laboral aunque se trate de una actividad distinta, si bien, en este supuesto el trabajador podrá acceder igualmente a esta modalidad de contrato por la segunda vía que se ha enunciado, es decir, por proceder el trabajador de otro sector de actividad.

Una última cuestión que plantea el enunciado del precepto es qué debe entenderse por “experiencia laboral”. Ninguna duda puede plantearse al respecto en los supuestos en que el trabajador ha formalizado una relación laboral, sin embargo, se plantean mayores dificultades interpretativas en aquellos supuestos en que a pesar de no existir un vínculo laboral, el joven ha podido adquirir una cierta experiencia profesional como consecuencia de la realización de prácticas no laborales en la empresa. En este punto, parece que la exigencia de que se trate de “experiencia laboral” que efectúa la norma parece excluir estos supuestos de prácticas o actividades que no tengan carácter laboral.

El segundo supuesto que puede cumplir el trabajador para poder acceder al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa resulta plenamente complementario con el primero, puesto que en el mismo tienen cabida todos aquellos jóvenes que con independencia de si tienen o no experiencia laboral en un sector de actividad determinado, pretenden ser contratados en un sector de actividad distinto. Con toda probabilidad, con esta segunda vía de acceso a esta modalidad contractual se pretende dar cabida a todos aquellos jóvenes que hasta el estallido de la crisis económica prestaron sus servicios en sectores de actividad, especialmente, el de la construcción, a los que difícilmente podrán volver, al menos en los próximos años, de modo que se ven obligados a buscar empleo en otras actividades para las que carecen de experiencia laboral. Para facilitar este salto a otros sectores de actividad se facilita el acceso de estos jóvenes al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa.

La concreción de esta vía de acceso al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa inicialmente se remitía al desarrollo reglamentario de la norma, pero posteriormente, mediante el art. 4 del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se precisó aquello que debía entenderse por sector de actividad, indicando que “a estos efectos se entenderá por sector de actividad el identificado como Clase mediante un código numérico de cuatro cifras en el Anexo del Real Decreto 457/2007, de 13 de abril, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas 2009 (CNAE-2009) de acuerdo con su artículo 3 d”.

Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, no se contempla, al menos de un modo expreso, la inclusión de trabajadores desempleados procedentes de una actividad por cuenta propia. Sería interesante al respecto que se incorporara de forma expresa esta posibilidad, dado que la crisis económica ha afectado de un modo muy significativo a muchos trabajadores autónomos que han tenido que cesar en su actividad³⁷.

La conjunción del supuesto primero -la falta de experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses- y del supuesto segundo -proceder de otro sector de actividad- permite dar respuesta “a uno de los problemas más destacados de nuestra coyuntura laboral incentivando, por una parte, a los trabajadores sin experiencia; y, por otra, a la reincorporación al mercado laboral de trabajadores de sectores donde se ha podido dar un incremento muy importante de desempleo sobrevenido en los últimos años por las vicisitudes de nuestro sistema productivo. Y lo pretende hacer vinculando la contratación a una formación”³⁸.

El tercer supuesto que puede cumplir el trabajador para poder acceder al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa consiste en ser “desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación”. En este supuesto se pretende favorecer la contratación de aquellos jóvenes que ya llevan mucho tiempo en situación de desempleo lo que, sin lugar a dudas, puede dificultar enormemente su inserción laboral, no en vano, confluyen en este supuesto la condición de joven y de desempleado de larga duración. En estos supuestos, el alejamiento de la actividad laboral se intenta reconducir mediante formación que facilite, de nuevo, el acceso al empleo³⁹.

En este supuesto la condición de joven desempleado de larga duración se cuantifica fijando un período de referencia de dieciocho meses de antelación a la contratación, dentro del cual el trabajador deberá haber estado desempleado e inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante al menos doce meses⁴⁰. Obsérvese como en este caso se exige que el trabajador desempleado se encuentre inscrito en la oficina de empleo como única forma de acreditar la situación sostenida de desempleo previo.

³⁷ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 186.

³⁸ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 186.

³⁹ Vid. González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos...” cit. pág. 163.

⁴⁰ Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 185, ponen de manifiesto que con el plazo de referencia de 18 meses previos a la contratación simplemente se consigue incluir a quien habiendo estado inscrito como desempleado durante tal plazo, hubiera encontrado un empleo de corta duración dentro del plazo de los 6 meses restantes del período de referencia y sucesivamente hubiera vuelto a estar en la situación de demandante formal de empleo.

Finalmente, una última situación que puede dar acceso a la formalización del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, que fue introducida en la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 4/2013⁴¹, consiste en carecer de una formación que permita al trabajador insertarse en el mercado laboral con las mínimas garantías, en concreto, debe carecer de título oficial de enseñanza obligatoria, de título de formación profesional o de certificado de profesionalidad. En este supuesto, es la falta de formación la que justifica por sí misma el acceso a esta modalidad contractual.

Ahora bien, como ya se ha indicado, la posibilidad de acudir en estos supuestos al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa no va a desencadenar necesariamente que el trabajador contratado obtenga, como ocurre en el contrato para la formación y el aprendizaje, un título oficial de enseñanza obligatoria un título de formación profesional o un certificado de profesionalidad puesto que se admite la formación recibida se limite a formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual. Resulta especialmente llamativo que no se haya previsto en estos supuestos que la formación objeto del contrato deba tener por finalidad la obtención de título oficial de enseñanza obligatoria un título de formación profesional o un certificado de profesionalidad. Tal vez ello se deba a que este es el objetivo específico del contrato para la formación y el aprendizaje.

2.4. La duración del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: una remisión no tan genérica a las modalidades contractuales previstas en el ET

El contrato de trabajo a tiempo parcial con vinculación formativa, que de conformidad con lo previsto en el art. 9.7 de la Ley 11/2013 deberá formalizarse por escrito y en el modelo que se establezca por el Servicio Público de Empleo Estatal, “podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo” (art. 9.4 de la Ley 11/2013). En consecuencia, ninguna novedad introduce la norma en este punto, de modo que el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido y también por duración determinada, si bien, en este último caso únicamente en los supuestos en que ello esté previsto por la normativa laboral y que sean compatibles con los contornos del contrato a

⁴¹ Esta previsión fue introducida en la tramitación de la Ley 11/2013 por el grupo parlamentario vasco (enmienda núm. 79) que consideraba que la falta de los títulos oficiales indispensables para acceder al mercado de trabajo aconsejaba la inclusión de este requisito. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados de 29 de mayo de 2013.

tiempo parcial con vinculación formativa. En otros términos, a diferencia de lo que sucede con el contrato eventual de primer empleo también previsto por la Ley 11/2013, la celebración de un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa no habilitará por sí mismo a las partes para formalizar un contrato temporal al margen de los supuestos previstos en la ley.

No plantea especiales dificultades la formalización del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa por tiempo indefinido, incluso cuando se trata de un contrato fijo-discontinuo. A tal efecto, el modelo oficial y, por tanto, el criterio administrativo adoptado al respecto así lo admite. Asimismo, si bien inicialmente, por su propia naturaleza quedaba excluida la posibilidad de acudir en estos supuestos al contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores al exigirse que este contrato fuera formalizado a tiempo completo⁴², al permitirse en la actualidad su formalización a tiempo parcial no parecería haber inconveniente en formalizar el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa a través de esta modalidad contractual, sin embargo, el modelo oficial no parece contemplar, al menos de forma expresa, esta posibilidad. Tal vez, ello se deba a que el art. 9.4 de la Ley 11/2013 establece que el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa “podrá celebrarse por tiempo indefinido (...) de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, mientras que el contrato indefinido de apoyo a los investigadores se encuentra regulado al margen de dicho texto legal, en la Ley 3/2012⁴³.

En cualquier caso, no deja de resultar sorprendente que se contemple la posibilidad de formalizar el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa por tiempo indefinido, no en vano, la formación se concibe como una actividad necesariamente temporal, limitada en el tiempo, por lo que cuesta entender este contrato por tiempo indefinido prescindiendo del aspecto formativo, puesto que “una vez agotada la formación, el contrato permanecerá vivo en los términos concertados pero sin vinculación formativa alguna, subsistiendo las demás connotaciones que lo hacen singular”⁴⁴.

Más dificultades interpretativas plantea la formalización del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa mediante un contrato de duración determinada. A este respecto, si bien parece evidente que podrá acudirse en estos supuestos a determinados contratos de duración determinada previstos en el art. 15 ET, a saber, el contrato para obra o servicio determinado y el contrato eventual, sí se plantean dudas respecto al otro contrato de duración determi-

⁴² Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. págs. 192 y 193.

⁴³ Vid. Selma Penalva, A.: “Dudas sobre los incentivos...” cit.

⁴⁴ Vid. Guerrero Padrón, T.: “Medidas de estímulo a la contratación juvenil”, en Monereo Pérez, J.L.: *Retos del Derecho del Trabajo...* cit. pág. 749.

nada previsto en el art. 15 ET, es decir, el contrato de interinidad, así como también, en relación con los contratos formativos previstos en el art. 11 ET, es decir, el contrato para la formación y el aprendizaje y el contrato en prácticas.

La posibilidad de formalizar en este supuesto un contrato de interinidad plantea importantes dudas, no en vano, no sólo el contrato de interinidad tiene notablemente limitada la posibilidad de formalizarse a tiempo parcial -únicamente en aquellos supuestos en que el trabajador sustituido o el puesto vacante a cubrir fueran a tiempo parcial-, sino que también el hecho de tratarse de un contrato sometido a término resolutorio incierto, especialmente, cuando se trata de la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de supuesto de trabajo, cuestiona la vinculación del contrato con la finalidad formativa perseguida por el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa⁴⁵. Probablemente por estos motivos, el modelo oficial y, por extensión, la decisión administrativa adoptada al respecto, no contempla la posibilidad de formalizar un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa en la modalidad de contrato de interinidad, como sí sucede con el contrato por obra o servicio determinado y con el contrato eventual. En todo caso, no podrá formalizarse un contrato a tiempo parcial con vinculación formativa mediante el contrato eventual de primer empleo, también introducido por la Ley 11/2013, no en vano, en este contrato debe fijarse una jornada superior al 75 por 100 de la jornada correspondiente a un trabajador comparable a tiempo completo, superior, por tanto, al 50 por 100 previsto como máximo para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa.

En relación con los contratos formativos previstos en el art. 11 ET, la posibilidad de acudir en estos supuestos al contrato para la formación y el aprendizaje parece vedada por la prohibición de que esta modalidad contractual pueda formalizarse a jornada parcial⁴⁶. Tal vez, por ello se ha mantenido que la finalidad del legislador podría ser la de cubrir esta carencia⁴⁷. Más dudas plantea la posibilidad de acudir al contrato en prácticas, no en vano, puede formalizarse un contrato en prácticas a tiempo parcial y pueden concurrir los requisitos para acceder al contrato en prácticas y al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa. En consecuencia, nada parecería impedir que el contrato en prácti-

⁴⁵ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 192.

⁴⁶ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 188. Un análisis de las dudas que pueden plantearse al respecto en Selma Penalva, A.: “Dudas sobre los incentivos...” cit. págs. 184 a 186.

⁴⁷ Vid. Guamán, A.: “La precariedad laboral como vía de inserción típica de los jóvenes en el mercado de trabajo: análisis de la evolución de las formas de contratación juvenil”, en Monereo Pérez, J.L.: *Retos del Derecho...* cit. pág. 883. Ginés I Fabrellas, A.: “Nuevas modalidades contractuales...” cit. pág. 902, va más allá al considerar que “el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa en su modalidad temporal parece enmascarar un irregular contrato para la formación y el aprendizaje, pero incluso más atractivo para las empresas”.

cas celebrado con un trabajador que hubiera obtenido su titulación en los seis meses anteriores se formalizara a tiempo parcial, con una dedicación no superior al 50 por 100 de un trabajador comparable, accediendo de este modo a los incentivos previstos para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa. Pese a ello, el modelo oficial de contrato a tiempo parcial con vinculación formativa y, en consecuencia, la decisión administrativa adoptada al respecto, no contempla la posibilidad de formalizar un contrato en prácticas. En cualquier caso, la propia Ley 11/2013 ya introduce otros incentivos dirigidos a la contratación en prácticas de menores de 30 años.

El hecho de que la regulación del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa no se incline de un modo decisivo ni por la contratación indefinida ni por la contratación por duración determinada⁴⁸, pone de manifiesto que la finalidad de esta modalidad contractual es únicamente la creación de empleo juvenil, sea del tipo que sea. En cualquier caso, la duración de los incentivos previstos para esta modalidad contractual, de doce meses prorrogables por doce meses más, pueden suponer en la práctica un acicate para la formalización de contratos indefinidos⁴⁹.

2.5. La jornada del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa: el difícil equilibrio entre necesidades formativas y de inserción laboral del trabajador

Como su nombre indica, el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa constituye una variedad de contrato a tiempo parcial, constituyendo una manifestación más del impulso que se está dando a esta modalidad contractual en los últimos años como mecanismo de fomento del empleo, aunque sea por la vía de repartir el escaso empleo existente⁵⁰. Ahora bien, a diferencia de la definición del art. 12.1 ET que define al contrato a tiempo parcial como aquel en que se acuerde la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, en el art. 9.4 de la Ley 11/2013 se exige que en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa que se formalice no se pacte una jornada superior al 50% de la correspondiente a un trabajador

⁴⁸ También llaman la atención sobre este extremo Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” cit. pág. 51.

⁴⁹ Menos optimista al respecto se muestra Miñarro Yanini, M.: “El contrato a tiempo parcial...” cit. pág. 199, que considera que “ello puede determinar, a lo sumo, que se haga coincidir la duración del contrato con la de la reducción”.

⁵⁰ En esta dirección, Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2012, pág. 66, resalta la utilidad de esta vía de fomento del empleo.

a tiempo completo comparable. En otros términos, la jornada que se pacte en estos contratos deberá ser del 50% o inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

Lo que si mantiene inalterado el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa en relación con el contrato a tiempo parcial ordinario es la definición de lo que debe entenderse por trabajador a tiempo completo comparable, la cual se remite a lo previsto con carácter general en el art. 12.1 ET. En consecuencia, se entenderá por trabajador a tiempo completo comparable “a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal”.

La fijación de una jornada máxima no superior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable constituye la principal manifestación de la incidencia que los objetivos de formación y las exigencias que estos imponen sobre el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa⁵¹. Esta singularidad, sin embargo, no ha sido valorada como suficiente para considerar al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa como una nueva modalidad contractual, considerándose, por el contrario, como una mera forma de contratación incentivada⁵².

No se acaba de entender muy bien esta limitación de la jornada de trabajo. Una justificación de esta medida podría encontrarse en el carácter formativo que aparentemente se atribuye a esta modalidad contractual, de modo que durante el resto de la jornada laboral, es decir, el 50% o más de la misma, el trabajador pudiera dedicarse a la formación que se compatibiliza con la formalización de este contrato. En este supuesto, llama notablemente la atención el hecho de que el tiempo disponible para la formación en el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa supera ampliamente el previsto para el contrato para la formación y el aprendizaje.

Sin embargo, como ya se ha indicado, se admite la posibilidad que el trabajador acredite haber cursado la formación en los seis meses previos a la

⁵¹ Prados De Reyes, F.J.: “Modalidades contractuales...” pág. 264, mantiene que “esta es la única condición que afecta al desarrollo de la relación y esta es la única particularidad que presenta su régimen jurídico; insuficiente, desde luego, para justificar la identificación de una modalidad contractual vinculada a la formación y dirigida a la población juvenil”.

⁵² Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. págs. 181-182. Vid. también, Selma Penalva, A.: “Dudas sobre los incentivos...” cit. págs. 178 y 179 y Lleó Casanova, B.: “Novedades en materia de contratación laboral introducidas por el Real Decreto-Ley, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013, pág. 17.

celebración del contrato, de modo que en estos supuestos, durante la vigencia del mismo no se compatibiliza ningún tipo de formación. En consecuencia, en estos supuestos no se entiende que se haya impuesto igualmente una duración máxima del 50% de la jornada laboral correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable⁵³. A tal efecto, se ha indicado que hubiera sido más conveniente dividir la situación en dos y contemplar dos escenarios: “podría convenirse una jornada máxima del 50% respecto a un trabajador a tiempo completo comparable en el caso de que la formación se esté realizando durante la jornada de trabajo, situación que debería durar tanto mientras dure la misma” y “en el caso en que el contratado acceda por la vía de la formación previa acreditable en los seis meses previos a la celebración del contrato, la jornada de trabajo no debería de tener un límite legal máximo del 50%. En estos casos hubiera sido preferible dejar este extremo a la libertad contractual de las partes, siendo empresario y trabajador quiénes convengan la jornada, pudiendo ésta resultar inferior o superior, pero ya no quedaría ineludiblemente reducida *ex lege*, o por imperio de la Ley”⁵⁴.

Incluso para los supuestos en que no se compatibiliza el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa con la formación del trabajador parecería más adecuado que se admitieran duraciones superiores de la jornada laboral⁵⁵. En estos supuestos, tal vez la solución sería acudir a la realización de horas complementarias, en los términos previstos con carácter general para el contrato a tiempo parcial.

Únicamente la voluntad de favorecer la inserción laboral de los jóvenes mediante el reparto del escaso trabajo existente justifica en estos supuestos la fijación de una duración máxima del 50% de la jornada laboral. La opción adoptada por el art. 9.4 de la Ley pone de manifiesto una vez más el predominio de la finalidad de inserción laboral frente a la formativa de esta modalidad contractual, aunque ello sea a costa de contribuir al incremento de la precariedad laboral del colectivo de los jóvenes. No olvidemos que la reducción de la jornada va a suponer la correspondiente reducción del salario, de modo que es de prever que los jóvenes contratados a través de esta modalidad contractual reciban salarios muy reducidos, contribuyéndose de este modo al fenómeno cada vez más extendido de la precariedad en el empleo juvenil y a la prolifera-

⁵³ Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” cit. págs. 51 y 52, mantienen que esta previsión es un contrasentido si se tiene en cuenta que en el contrato puede no exigirse realmente ningún tipo de dedicación formativa, si se justifica que se dispone de la formación requerida en tiempo previo.

⁵⁴ Vid. Taléns Visconti, E.: “Estímulos...” cit. pág. 189.

⁵⁵ En esta dirección, González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos...” cit. pág. 165, se plantea si una jornada del 75% también sería compatible con la adquisición de formación y, en definitiva, se disminuiría la precariedad laboral que supone la celebración de un contrato con un salario disminuido del 50%”.

ción del fenómeno de los “trabajadores pobres”⁵⁶. A tal efecto, la contratación a tiempo parcial se perfila con carácter general como un instrumento muy útil para los empresarios puesto que supone un amplio margen de disponibilidad de la mano obra a un coste salarial muy reducido. En este punto cada vez es más necesario que se instrumente mecanismos eficaces para controlar que la jornada laboral fijada en el contrato sea la efectivamente realizada por el trabajador y evitar de este modo que, como ya está sucediendo, los jóvenes contratados se vean obligados a realizar jornadas de trabajo superiores sin retribución alguna so pena de ver perjudicadas sus futuras perspectivas laborales en la empresa.

Una vez más se constata que las medidas previstas para favorecer la inserción profesional de los jóvenes, en la práctica acaban suponiendo un obstáculo real para lograr una inserción “normal” de los mismos en el mercado de trabajo⁵⁷.

2.5. Incentivos a la formalización de contratos a tiempo parcial con vinculación formativa

Para los supuestos en que el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se formalice dando cumplimiento a todos los requisitos expuestos en los apartados anteriores, el art. 9.1 de la Ley 11/2013 prevé una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100 por cien en el caso de que el contrato se suscriba por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra⁵⁸.

En consecuencia, la norma hace depender el éxito de esta modalidad contractual exclusivamente de la previsión de determinados incentivos en materia de Seguridad Social, puesto que dicha modalidad contractual no aporta otros atractivos especiales para el empresario más allá de la celebración del contrato a tiempo parcial. La importancia de estos incentivos se pone de manifiesto

⁵⁶ De la misma opinión, Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” cit. pág. 52. En esta dirección, González Díaz, F.A.: “Un análisis de los estímulos...” cit. pág. 165, afirma que “asistimos a una de las figuras más precarias creadas por el legislador desde la entrada en vigor del ET (...) Con jornada del máximo del 50%, y salario proporcional, que teniendo en cuenta que se formaliza con jóvenes, desempleados y con poca o nula formación, muchas nóminas no superarán el 50% del salario mínimo”.

⁵⁷ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Empleo juvenil y política de empleo” *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1998, pág. 6.

⁵⁸ En el debate parlamentario se propuso que en lugar de una reducción se tratara de una bonificación con la finalidad de que el coste de esta medida fuese sufragado por el Estado y no por la Tesorería General de la Seguridad Social, por considerarse que una política del gobierno para crear empleo se debe financiar por los Presupuestos Generales del Estado y no por la Seguridad Social. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados de 29 de mayo de 2013.

en la ubicación de los mismos en el precepto, no en vano, lo primero que se menciona al contemplar esta modalidad contractual es la previsión de dichos incentivos, antes incluso de proceder a perfilar el régimen jurídico de la misma. Una vez más, se pone de manifiesto que en última instancia la Ley 11/2013 contempla más incentivos o estímulos a la contratación que auténticas nuevas modalidades contractuales.

Por lo que respecta al objeto de los incentivos, como ya se ha indicado, la norma se limita a reducir la cuota empresarial por contingencias comunes correspondiente al trabajador. En consecuencia, no alcanza a las restantes contingencias por las que cotiza el empresario, es decir, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial. Asimismo, tampoco contiene ninguna reducción de la cuota que corresponde abonar al trabajador. En definitiva, la reducción prevista únicamente afecta a la cotización empresarial por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado. Los incentivos previstos son inferiores, en consecuencia, de los previstos actualmente para el contrato para la formación y el aprendizaje, si bien, no hay duda que se trata de un beneficio económico muy importante para la empresa, al reducir de un modo significativo los costes laborales derivados de este tipo de contrato.

El porcentaje de la reducción de la cuota empresarial por contingencias comunes correspondiente al trabajador depende de la plantilla de la empresa. En particular, si la plantilla de la empresa es inferior a 250 personas, el porcentaje será del 100%, mientras que si la plantilla de la misma es igual o superior a esta cifra el porcentaje se reduce al 75%. Como puede observarse, a menor tamaño de la plantilla de la empresa se prevé una mayor cuantía de los incentivos previstos. No se tiene en cuenta, sin embargo, a la hora de fijar la cuantía de estos incentivos si el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se ha formalizado con un hombre o con una mujer.

Con la previsión de que la cuantía del incentivo depende de si la plantilla de la empresa es inferior o igual o superior a 250 trabajadores, la norma no deja duda de que es la empresa el único ámbito de referencia que se toma en cuenta en este punto y no el centro de trabajo. Nada se dice, sin embargo, respecto al cómputo del número de trabajadores de la empresa, si bien, lo razonable es pensar que deberá tenerse en cuenta la plantilla de la empresa en el momento de producirse la celebración del contrato.

Tampoco se prevé nada en la norma respecto a los contratos que deben ser computados para determinar si la empresa dispone o no de una plantilla inferior, igual o superior a 250 personas. Ello comporta que la interpretación debe ser lo más amplia posible, computándose todos los trabajadores de la empresa con independencia de la modalidad contractual que les une a la misma, incluyéndose, por tanto, los trabajadores contratados a tiempo parcial y los

trabajadores que realicen un trabajo de temporada o estacional como uno más. Todos estos trabajadores deben computarse aunque sus contratos se encuentren en suspenso. No deben ser tenidos en cuenta, por el contrario, aquellos que no son trabajadores de la empresa aunque presten sus servicios en la misma, como es el caso de los autónomos o de los trabajadores de la empresa contratista y subcontratista. En este punto, plantea mayores dudas la inclusión o no en este cómputo de los trabajadores en misión, es decir, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, no en vano, formalmente son trabajadores de ésta última y no de la empresa usuaria, pese a ello, parece que debería haberse previsto que los mismos fueran incluidos para evitar de este modo que el recurso a las empresas de trabajo temporal opere como fórmula artificial de reducción de la plantilla.

La duración inicial de estos incentivos se fija en un máximo de doce meses, si bien, se contempla la posibilidad de una única prórroga por otros doce meses siempre que se cumpla alguno de los siguientes supuestos: a) que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación; o bien, b) que el trabajador haya cursado la formación en los seis meses previos a la finalización del período inicial de doce meses. En consecuencia, si el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa se mantiene tras el transcurso de los doce primeros meses y el trabajador continua compatibilizando el empleo con la formación prevista en el art. 9.3 de la Ley 11/2013, o bien, la ha cursado en los seis meses previos a la finalización de los primeros doce meses del contrato, el empresario podrá seguir beneficiándose de la reducción prevista para esta modalidad contractual hasta un máximo de doce meses más. Esta previsión constituye el único incentivo que contempla la norma para que la empresa fomente que el trabajador compatibilice el empleo con su formación ya que de ello va a depender el poder prorrogar los incentivos económicos. Por el contrario, transcurrida la duración máxima de los incentivos de 24 meses, el desarrollo o no de una actividad formativa por parte del trabajador carece de interés para la empresa⁵⁹.

El art. 9.6 de la Ley 11/2013 condiciona la percepción de los incentivos previstos en relación con el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa al hecho de que la empresa mantenga el nivel de empleo alcanzado con la formalización del citado contrato durante, al menos, un periodo equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de doce meses desde su celebración. Con esta previsión se limita notablemente el riesgo de provocar un efecto sustitución en la plantilla, de modo que el empresario extinga otros contratos de trabajo y los sustituya por contratos a tiempo parcial con vinculación

⁵⁹ Vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 199.

formativa para beneficiarse de los correspondientes beneficios en materia de seguridad social.

En cualquier caso, dicho precepto matiza notablemente esta obligación de mantenimiento del empleo al prever que no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el período de prueba⁶⁰.

Una vez prevista la exigencia de mantenimiento del nivel de empleo para poder acceder a los correspondientes incentivos, el art. 9.6 de la Ley 11/2013 establece que “en caso de incumplimiento de esta obligación se deberá proceder al reintegro de los incentivos”.

Aunque la Ley 11/2013 recoge la regulación de los incentivos en materia de Seguridad Social previstos para el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa, el art. 9.8 de dicha norma establece que “en lo no previsto en este artículo, será de aplicación, respecto de las reducciones, lo dispuesto en la sección I del capítulo I de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, salvo lo establecido en sus artículos 2.7 y 6.2”. La aplicación de la Ley 43/2006 incide en diferentes aspectos, entre otros, en materia de exclusiones de incentivos, en relación con el régimen de concurrencia e incompatibilidad de las bonificaciones, etcétera⁶¹. Por el contrario, no resultarán de aplicación las previsiones contenidas en los arts. 2.7 y 6.2 de dicha norma. A tal efecto, el art. 2.7 establece que “en todos los casos mencionados en este artículo, con excepción de los previstos en el apartado 3, cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, la bonificación resultará de aplicar a las previstas en cada caso un porcentaje igual al de la jornada pactada en el contrato al que se le sumarán 30 puntos porcentuales, sin que en ningún caso pueda superar el 100 por 100 de la cuantía prevista”. No resultará, por tanto, de aplicación al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa lo previsto en este precepto.

Por su parte, el art. 6.2 de la Ley 43/2006 establece que “las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un período de doce meses de las bonificaciones establecidas en este Programa. La

⁶⁰ Vallecino Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C.: “La reforma de segunda generación...” pág. 52, consideran que la exigencia de mantener el empleo durante un determinado periodo queda desvaída pues se admite un amplio catálogo de causas extintivas que sí legitiman esta contratación.

⁶¹ Sobre los efectos de esta remisión vid. Gala Durán, C. y Valverde Asensio, A.J.: “Incentivos a la contratación...” cit. pág. 206.

citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El período de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo”. A partir de esta previsión parece que no se va a aplicar a esta modalidad de contrato la sanción prevista en el art. 6.2 de la Ley 43/2006 que impide a las empresas acceder a contratos bonificados cuando hayan realizado despidos improcedentes o despidos colectivos de trabajadores con contratos bonificados, lo cual puede constituir un incentivo para la sustitución de trabajadores en la empresa⁶².

A pesar de que el contrato a tiempo parcial con vinculación formativa puede articularse a través de un contrato de duración determinada, la norma no contempla incentivos específicos para fomentar en estos supuestos la transformación del contrato a tiempo parcial con vinculación formativa en indefinido.

En cualquier caso, cabe recordar que al contrato a tiempo parcial con vinculación formativa le serán de aplicación todas las previsiones que se contienen en el art. 12 ET relativas a facilitar la transformación de los contratos formalizados a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, como es el caso, por ejemplo, de que el trabajador tiene derecho a ser informado por la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que pueda formular, en su caso, la solicitud de conversión voluntaria de su contrato a tiempo parcial en un contrato a tiempo completo.

⁶² Guerrero Vizuete, E.: “Las medidas de estímulo...” cit. pág. 37, considera que esta posibilidad abre la puerta a un *dumping* generacional.

PUNTOS CLAVE EN PERSPECTIVA LABORAL DEL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LEY DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

RICARDO ESTEBAN LEGARRETA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo, personas con discapacidad, texto refundido

El Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante TRLGDPD) rompe con la dispersión legislativa en materia de discapacidad, tras varios años de duplicidad de leyes marco: la LISMI y la LIONDAU. No obstante, en materia laboral se concluye que el Gobierno ha utilizado la potestad de aclaración y armonización de las leyes refundidas para introducir novedades que van más allá de las posibilidades del artículo 82.5 de la Constitución Española. Además, su aprobación no era necesaria dada la ausencia general de contradicciones en los textos precedentes, sin olvidar que no cabe refundir textos normativos sin haber recibido autorización parlamentaria para ello, como es el caso de la refundición de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, con los textos legislativos internos. La nueva Ley resuelve la única contradicción de entidad entre las leyes precedentes: la del concepto de persona con discapacidad. A partir de aquí destacan algunas aclaraciones de interés en ámbitos como el concepto de ajuste personal y social, o la intermediación. Sin embargo, en otros puntos de importancia, el Gobierno incurre en *ultra vires*, como por ejemplo, en relación con la eliminación del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario, o en la supresión de la referencia a las especiales dificultades de los trabajadores como elemento de justificación de los Centros Especiales de Empleo.

ABSTRACT

Key words: Employment, persons with disabilities; rewritten act

The Act on the Rights and Social Inclusion of Persons with Disabilities passed by the Government in November 2013, has managed to surmount the legislative dispersion within the legal framework in the field of disability. Nevertheless, the Spanish Government has gone beyond the limits of the Constitution, since it only empowers --under parliamentary authorization-- in order to unify two or more acts, but does not allow introduce deep new contents in the resulting act. In addition, the approval of the new act was not necessary as the former acts on disability contained no contradictions. Besides, the new act unifies in the same legal text the contents of the former Spanish acts with that corresponding to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, but in fact, the Spanish Parliament had not authorised a unification to that extent. The new Act solves the only contradiction between the former: the different concept of person with disabilities. Despite the fact that we can find some interesting improvements, the Government has gone beyond its power in some key issues, such as the abolition of the preference for the open employment principle or the new particular support to sheltered workshops by accepting them as a regular way to employ persons with disabilities irrespective of their severity.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. UNA PRESENTACIÓN DEL NUEVO TEXTO REFUNDIDO
3. SOBRE LA OPORTUNIDAD, LA NECESIDAD Y LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRLGDPD
 - 3.1. Una reflexión previa a partir del proceso seguido y el de sus protagonistas
 - 3.2. ¿Era necesaria y oportuna técnicamente la elaboración de un Texto Refundido?
 - 3.2.1. Sobre su necesidad
 - 3.2.2. Sobre su oportunidad y coherencia. Especialmente en perspectiva laboral
 - 3.3. Adecuación constitucional del TRLGDPD
 - 3.3.1. La identificación del ámbito normativo a refundir y la “refundición” parcial de la Convención Internacional
 - 3.3.2. El alcance de la armonización, aclaración y regularización de los textos legales
4. EL CONTENIDO LABORAL DEL TRLGDPD Y LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS
 - 4.1. Consideraciones generales sobre el contenido laboral del Texto Refundido
 - 4.2. La nueva noción de persona con discapacidad y su incidencia en el ámbito del empleo
 - 4.3. Novedades directas aportadas por el TRLGDPD. En especial, la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo
 - 4.4. Novedades normativas fruto de la armonización, aclaración y regularización
 - 4.5. Novedades normativas de calado bajo la cobertura de la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar

1. PLANTEAMIENTO¹

El Boletín Oficial del Estado del 3 de diciembre de 2013 publicó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante TRLGDPD). El texto refunde en una sola norma tres leyes clave en lo que concierne al estatuto jurídico de las personas con discapacidad; a saber: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (en adelante LISMI); la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAU) y, en fin, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Se trata de una operación aparentemente técnica, derivada de la disposi-

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D DER 2010-15855 (subprograma JURI), *Análisis jurídico-laboral de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y desarrollado por diversos profesores de la unidad de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona integrados en el Instituto de Estudios del Trabajo (IET) de la misma Universidad.

ción final segunda de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con la cual las Cortes Generales atribuían al Consejo de Ministros la autorización para proceder a la refundición de los textos.

Hasta aquí podría parecer que poco o nulo interés tiene un texto refundido, sobre todo entre expertos en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, acostumbrados a que algunas de nuestras Leyes de cabecera sean también textos refundidos, como efectivamente lo son el Estatuto de los Trabajadores o la Ley General de la Seguridad Social. Eso sí, los textos refundidos laborales son de mera refundición del texto original y de sus reformas, mientras que el TRLGDPD es el resultado de una autorización dirigida al Gobierno para refundir aclarando, armonizando y regularizando tres textos legislativos diferentes.

En lo que concierne al TRLGDPD, tanto el proceso como el resultado del mismo están trufados de anomalías, al menos desde una perspectiva laboral. Así, mediante un sutil encadenamiento de reformas, apenas perceptibles algunas de ellas, el nuevo Texto Refundido puede generar importantes consecuencias en el régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad, con efectos muy negativos en lo que concierne al equilibrio empleo protegido-empleo ordinario, una circunstancia que ya por sí sola justifica este artículo.

A estos efectos, el presente artículo abordará una breve presentación del Texto Refundido (2) y a continuación se dividirá en dos grandes apartados correspondientes, de una parte (3), a un análisis de la nueva norma desde la perspectiva de su proceso de elaboración, apartado en el que se examinará la justificación técnica y política del nuevo texto, su fundamentación constitucional, así como las anomalías que se detectan en su contenido, en particular, las referidas a la presencia de “trazas” de otras normas que en principio no deberían formar parte del Texto Refundido. De otra parte, el bloque final del artículo (4) está destinado a un análisis crítico de las modificaciones más o menos veladas introducidas en el contenido laboral de la Ley, que se concentran fundamentalmente en el Capítulo VI, del Título II del TRLGDPD dedicado al derecho al trabajo.

2. UNA PRESENTACIÓN DEL NUEVO TEXTO REFUNDIDO

El TRLGDPD se elabora siguiendo las pautas que para los Textos Refundidos establece el artículo 82 de la Constitución Española, lo que comporta la necesidad de que las Cortes Generales deleguen en el Gobierno “la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias concretas no incluidas en el artículo anterior”, es decir, que no sean materia de Ley Orgánica. Para ello, la Ley

26/2011 de 1 de agosto había efectuado mediante su disposición final segunda² la oportuna autorización al Gobierno para acometer la refundición, lo que llevó a este a elaborar el texto a lo largo de un prolongado proceso de diálogo civil y social, que dio lugar a la elaboración de diversos borradores³. De acuerdo con lo previsto en el artículo 82.3 CE, la Ley estableció como fecha límite para la elaboración de la nueva norma el día 2 de agosto de 2013, fecha tope que no pudo cumplirse y que exigió una prórroga, establecida en la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que extendió el plazo hasta el día 31 de diciembre de 2013, dentro del cual se acabó aprobando el texto en Consejo de Ministros de 29 de noviembre.

El resultado es un texto que aparentemente resuelve una llamativa y no bien explicada dispersión legislativa en materia de discapacidad, caracterizada por la existencia, desde hace más de diez años, de una suerte de Ley de primera generación, la LISMI (1982) y una Ley de segunda generación, la LIONDAU (2003), que pretendía introducir en nuestra legislación dos estrategias relativamente nuevas: las de “lucha contra la discriminación” y accesibilidad universal”. Además, la LIONDAU comporta un cambio de paradigma de modo que se pasa de una visión médica de la discapacidad, en la que se pretende dar cobertura a las personas mediante prestaciones (el modelo LISMI), a un modelo social de la discapacidad, en el que la base de la intervención toma como eje el disfrute de derechos y el deber social de adaptación a la discapacidad⁴. Personalmente, nunca me parecieron convincentes las razones que llevaron a la duplicidad de leyes generales o marco en materia de discapacidad porque entiendo que habría sido más razonable abordar en 2003 la elaboración de un nuevo texto legal en las Cortes Generales, cosa que no se hizo. La exposición de motivos de la LIONDAU sugería la necesidad de dar un nuevo impulso a “las políticas de equiparación de las personas con discapacidad” pero no ex-

² Se sigue en este caso la tradición de no utilizar leyes *ad hoc* para efectuar las autorizaciones de refundición como apunta Virgala Foruria, E.: “La delegación legislativa. Los Decretos Legislativos”, en Casas Baamonde, M^a.E. y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (Coordinadores): *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolter Kluwers, 2008, pág. 1491.

³ Al Consejo de Estado se le remitieron cuatro borradores, según consta en los antecedentes del Dictamen 1183/2013, pero de acuerdo con la información obtenida por el autor, parece que fueron más.

⁴ Como señala De Lorenzo, R.: “Los contornos del derecho de la discapacidad”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 107 y 108, “la LIONDAU no se limita a establecer y regular un mero conjunto de prestaciones encaminadas a la integración social de las personas con discapacidad, sino que tiene por objetivo que las personas con discapacidad puedan disfrutar de todo el conjunto de los derechos humanos, civiles, económicos sociales y culturales, tal y como se indica en su preámbulo”.

plicaba razonablemente por qué no se había acometido la elaboración en sede parlamentaria de un nuevo texto general⁵. Ya adelante, que ni entonces me pareció razonable la dispersión legislativa resultante, ni en el periodo 2011-2013 me ha parecido razonable el procedimiento seguido para lograr un texto conjunto que ha esquivado de nuevo un debate a fondo sobre determinadas materias. En este sentido, algún autor ha explicado la dispersión originada en 2003 en base a la dificultad de adaptar la LISMI a la visión social de la discapacidad y a los problemas que la derogación de la LISMI habría generado en su desarrollo reglamentario previo⁶. A mi juicio, se trata de razones que no parecen de recibo porque si bien una revisión a fondo de la legislación supone un esfuerzo considerable, el mismo debe acometerse cuando sea necesario. Por lo demás, justificar el mantenimiento de dos leyes básicas en la materia en los peligros que se cernían sobre el desarrollo reglamentario de la LISMI se me antoja una razón endeble porque nada impedía que en 2003, la nueva Ley mantuviese vigente el desarrollo reglamentario previo, hasta que se efectuasen nuevos desarrollos, salvo en lo concerniente a las materias que entrasen en franca contradicción con el nuevo texto legal

Recuérdese por lo demás que la refundición afecta también a una Ley de importancia e interés secundarios: la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El texto resultante constituye una fusión casi “en fila india” de las tres leyes refundidas, solución que seguramente era la más viable teniendo en cuenta el escaso margen con el que contaba el Gobierno para refundir las tres leyes, pero que sugiere la no necesidad de la operación acometida. A este respecto, el RDL 1/2013 arranca con un Título Preliminar (arts. 1 a 6) dedicado a aspectos de alcance general como son entre otros, los del objeto, definiciones y principios y se expande en base a tres grandes títulos que son, en general, el trasunto de las tres leyes refundidas. Así, el título I (arts. 7 a 62), dedicado a derechos y

⁵ Señalaba la exposición de motivos de la LIONDAU que “Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad”

⁶ Azua Berro, P.: “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, pág. 136, sugiere que “Reformar la LISMI no era factible, precisamente por las modificaciones habidas en los propios principios inspiradores. Derogarla sin más, tampoco, so pena de hacer caer la arquitectura jurídica emanada de la misma. Por tanto se trataba de elaborar una ley que, en cierta forma, completara la LISMI y abordara los nuevos retos sociales a los que se enfrenta la discapacidad lo que se produjo mediante la promulgación de la Ley 51/2003”.

obligaciones, recoge a grandes rasgos y con algunos matices el contenido de la LISMI; el título II (arts. 63 a 77) dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación reproduciría con carácter general el contenido de la LIONDAU y finalmente, el previsible capítulo III, que se extiende desde el artículo 78 hasta el 105, es la plasmación del contenido de la Ley la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones. Al respecto, el título III viene encabezado por la rúbrica “Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. De todos modos, se observa en ocasiones una cierta mezcla de contenidos como es el caso del Capítulo VIII del Título I del TRLGDPD –Derecho de participación en los asuntos públicos-- que no ha sido trasladado de la LISMI, como buena parte del Título I, sino que en general procede del texto de la LIONDAU, más en concreto, del artículo 15 dedicado a la regulación de la “Participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias”. Asimismo, se encuentra dentro del Capítulo V del Título I del Texto Refundido el contenido que la LIONDAU dedicaba a la regulación de la accesibilidad⁷.

El orden cronológico utilizado con carácter general para acumular las tres leyes precedentes en un solo texto no se me antoja como el más adecuado, ya que a mi juicio el carácter basilar de la igualdad hacía necesario ubicar todo el contenido de la vieja LIONDAU en el Título I de la Ley. No tiene demasiado sentido que contenidos de alcance general vinculados con el derecho a la igualdad como el de los artículos 63 a 68⁸ hayan quedado sepultados bajo el articulado del Título I de la nueva Ley, alejados de su Título Preliminar, y sobre todo, totalmente desconectados del artículo 7 del TRLGDPD, dedicado al derecho a la igualdad y que encabeza el Título I.

Realizada esta primera aproximación al TRLGDPD pasaré a continuación a destacar algunas de sus mayores disfunciones antes de abordar el análisis de su contenido laboral.

⁷ De una parte, el artículo 22 del TRLGDPD es en general un calco de la Convención Internacional, un dato sobre el que se reflexiona posteriormente. A continuación, se observa que el contenido de los artículos 23, 24, 25, 27, 28 y 29 del Texto Refundido tienen su antecedente en el artículo 10 y en las disposiciones finales 5ª a 9ª de la LIONDAU.

⁸ Estos artículos se refieren a materias como la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 63); garantías del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 64); medidas contra la discriminación (art. 65); contenido de las medidas contra la discriminación (art. 66) o medidas de acción positiva (art. 67).

3. SOBRE LA OPORTUNIDAD, LA NECESIDAD Y LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRLGDPD

3.1. Una reflexión previa a partir del proceso seguido y el de sus protagonistas

Como se ha señalado, la aparente necesidad de abordar una refundición del aparato regulador de la discapacidad surge de la Ley 26/2011, en cuya disposición adicional se establecía que el Gobierno procederá a refundir los tres textos mediante la elaboración de un Texto Refundido que deberá ser aprobado con anterioridad al día 2 de agosto de 2013. La cuestión reside en valorar si la operación aportaba algún valor añadido apreciable a nuestro ordenamiento jurídico y si era necesaria y adecuada.

Ahora bien, con carácter preliminar es imprescindible formular algunas hipótesis clave que pueden servir para orientar las reflexiones que siguen. Quisiera subrayar que las hipótesis que se formulan se realizan en clave de su contenido laboral, sin perjuicio de que la norma tenga un alcance mucho mayor, aunque el empleo tampoco es precisamente tema menor.

La primera hipótesis sugiere que el nuevo texto sirve, entre otras cosas, para apuntalar mediante –no siempre— sutiles modificaciones normativas, los intereses de determinados grupos de presión en materia de empleo de personas con discapacidad: fundamentalmente, el de los grandes conglomerados de Centros Especiales de Empleo⁹ cuya titularidad recae en ocasiones en entidades con fuerte peso en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI), que es la confederación de entidades que ha representado un papel clave en el proceso de gestación del nuevo Texto Refundido. En otras palabras, el TRLGDPD sirve para blindar el empleo protegido como opción básica para la inserción laboral de las personas con discapacidad lo que implica, como veremos, una ruptura con una larga tradición de defensa normativa del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, vigente en nuestro país desde la aprobación de la LISMI en el año 1982. Como veremos, da toda la impresión de que el TRLGDPD ha actuado de una manera “quirúrgica”, eliminando el principio de preferencia

⁹ Un buen ejemplo es el caso de Fundosa, un grupo de empresas de notable dimensión, mayoritariamente Centros Especiales de Empleo (ver algunos datos en www.fundaciononce.es/es/pagina/grupo-fundosa, consultado el 8 de octubre de 2014), que depende de la Fundación ONCE. A su vez, la ONCE, titular de la Fundación del mismo nombre, ejerce un relevante liderazgo en el CERMI, ya que es una de las organizaciones fundadoras. Pueden extraerse datos sobre la evolución y desarrollo de Fundosa en Martínez Donoso, J.L.: “Modelo de desarrollo empresarial. Rentabilidad, renovación tecnológica y compromiso por las personas” en AA.VV.: *Congreso Nacional Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM, 2007, págs. 183 y ss.

por el empleo en el medio ordinario de trabajo y “adecuando” de este modo la norma a una realidad consolidada.

Una segunda hipótesis sugiere que el nuevo Texto Refundido constituye una nueva muestra de opacidad que viene acompañando a las reformas introducidas en el régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad, todo ello sin perder de vista que, efectivamente, el TRLGDPD no se limita a abordar cuestiones laborales. En este sentido, buena parte de las reformas laborales en materia de discapacidad que se introducen desde final de los noventa se han llevado a cabo en desarrollo de los Acuerdos firmados entre el entonces Ministerio de Trabajo y el CERMI, (los denominados Acuerdos MTAS-CERMI (I y II), que dieron lugar a importantes modificaciones con escaso o nulo debate parlamentario¹⁰. Asimismo, el empleo con apoyo y los enclaves laborales fueron regulados mediante sendos reglamentos a partir de los Acuerdos MTAS-CERMI pero sin contar con cobertura legal alguna, lo que generaba serias dudas a propósito de su carácter *ultra vires*. Con estos antecedentes, no es difícil intuir que el proceso de elaboración del TRLGDPD es una nueva vuelta de tuerca en un estilo consolidado de maneras opacas, en el que se evitan los focos de la discusión parlamentaria, y se considera más oportuno seguir procedimientos en los que el CERMI mantiene una posición preponderante en todos los órdenes, lo que incluye la postergación de centrales sindicales y organizaciones patronales en materias sociolaborales. Este estado de cosas llevó al Consejo Económico y Social¹¹ a subrayar en su dictamen emitido a propósito del Texto Refundido una posición crítica con la postergación de centrales sindicales y organizaciones patronales, ya que la introducción de un capítulo sobre el derecho al trabajo y la incorporación de ciertas modificaciones “constituyen motivos suficientes para que se hubiese dado una mayor participación a los interlocutores sociales en la elaboración del texto con anterioridad a su remisión al CES”, remachando el organismo consultivo que “la participación en el trámite de audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales no es suficiente ni equiparable a la interlocución necesaria en el ámbito del diálogo social”.

¹⁰ Al respecto, esta es una cuestión ya subrayada en otros estudios: Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F.: “Estudio introductorio”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 34 y ss o Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”, *Revista de Derecho Social* núm. 61, 2013, pág. 45. A título de ejemplo, la creación de la excepcionalidad al cumplimiento de la reserva de empleo y las medidas alternativas, que han socavado la eficacia de la reserva como elemento de integración en el medio ordinario de trabajo, se basó en una reforma articulada a través de disposición específica en “ley de acompañamiento”, que posteriormente fue objeto de un prolijo desarrollo reglamentario hoy en día reflejado en el RD 364/2005, de 8 de abril.

¹¹ Consejo Económico y Social: “Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social”, ejemplar fotocopiado, fecha 23 de octubre de 2013, pág. 22.

En este sentido, parece evidente que tanto por parte del Gobierno del Estado como por parte del CERMI se tiene una visión hipertrofiada del principio de diálogo civil, que ahoga los espacios imprescindibles que deben preservarse al diálogo social¹². En este sentido, es cierto que uno de los principios del nuevo Texto Refundido (art. 3 k]) es el del diálogo civil, ya recogido en la LIONDAU, según el cual (art. 2 n] TRLGDPD) “las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad”. Lógicamente, este principio otorga un cierto protagonismo a las entidades representativas de la discapacidad pero en la práctica está alimentando dinámicas inadecuadas, máxime teniendo en cuenta el papel que representan sindicatos y organizaciones patronales en la defensa de los intereses que les son propios (art. 7 CE). Sin olvidar, por lo demás, que algunas entidades de mayor preponderancia en el CERMI acreditan importantes intereses empresariales en el sector del empleo protegido. Lamentablemente, tanto en su diseño como en su puesta en práctica la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012¹³, intentó equilibrar los papeles del diálogo social y del diálogo civil, pero lo cierto es que las formas seguidas en el proceso de elaboración del TRLGDPD constituyen una vuelta al viejo estilo.

3.2. ¿Era necesaria y oportuna técnicamente la elaboración de un Texto Refundido?

Sin duda, dadas las hipótesis formuladas, todo apunta a que el nuevo TRLGDPD no era ni necesario ni oportuno. Se ha de subrayar de nuevo que esta observación se lleva a cabo desde una perspectiva laboral, pero en base a diversas consideraciones que se exponen a continuación, creo que esta afirmación cabe extenderla a otros apartados de la Ley. En las líneas que siguen pasaré a exponer los indicios que apuntan en esta dirección.

3.2.1. Sobre su necesidad

De un lado, no se ha de confundir la necesidad de un texto refundido con la necesidad de una nueva Ley General de Derechos de las Personas con Discapaci-

¹² Un análisis de los difíciles equilibrios entre el diálogo civil y el diálogo social en Ysàs Molinero, H. “Diálogo social y diálogo civil en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad: la estrategia global de acción”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 159, 2013, págs. 183-212.

¹³ Se trata de una Estrategia aprobada por el Gobierno del Estado en septiembre de 2008 pero que ha dado muy escasos frutos. Más adelante se hace una referencia detallada a la misma.

dad. Lógicamente, si el Gobierno ha dedicado tiempo y energías a negociar y elaborar un texto refundido cabe suponer que existían disfunciones entre las tres leyes refundidas que exigían abordar una operación de corte técnico que permitiese, a la luz de lo previsto en el artículo 82.5 de la Constitución, “regularizar, aclarar y armonizar” los textos legales que han de ser refundidos. Pues bien, la verdad es que la necesidad del nuevo texto en este sentido, al menos en perspectiva laboral, brilla por su ausencia salvo algún matiz que se apuntará oportunamente.

La mejor muestra de todo ello se deduce de una atenta lectura de la exposición de motivos del TRLGDPD en la que no aparece una mínima explicación de las disfunciones o contradicciones necesitadas de regularización, aclaración o armonización, y no debe de perderse de vista que precisamente era esa y no otra la razón que podía justificar su elaboración. En este sentido, la exposición de motivos efectúa una detallada descripción del marco regulador de la discapacidad pero apenas afirma que “La labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes citadas (...) resulta necesaria dadas las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad”. Nos encontramos sin duda ante una insuficiente justificación porque, de un lado, “las modificaciones operadas en los últimos años en las normas refundidas”, fundamentalmente en la LISMI, no generaban problemas de coherencia entre los tres textos, salvo una contada excepción: la del concepto de persona con discapacidad. Además, la mención al “sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad”, no es sino una referencia a la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención Internacional)¹⁴, constituye también una mención muy discutible¹⁵ porque la Convención no formaba parte de la refundición de textos autorizada por las Cortes Generales. De hecho, como se señalará esta es otra de las injustificadas disfunciones del TRLGDPD: la pretensión de aprovechar el Texto Refundido para adecuar nuestro marco a la Convención Internacional. Asimismo, ni los comunicados del CERMI¹⁶, claro

¹⁴ En vigor en España desde el 3 de mayo de 2008.

¹⁵ La exposición de motivos señala que el proceso de refundición “ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional”, aclarando a continuación que “Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad”

¹⁶ El mejor ejemplo de todo ello lo encontramos en la noticia: “El Gobierno aprueba la Ley que unifica los derechos de las personas con discapacidad”, de fecha 29 de noviembre de 2012, consultable en: <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx>. En la misma página web son también interesantes las noticias “El CERMI considera que la unificación y actualización de la normativa de la discapacidad refuerza el enfoque de derechos, de fecha 29 de noviembre de 2013, y, en fin, “El CERMI reivindica “blindar los derechos de las personas con discapacidad en tiempos de crisis”.

impulsor del Texto Refundido ni las exposiciones públicas de sus responsables¹⁷ sirven para identificar las razones estrictamente técnicas que nos han llevado a la refundición de los tres textos.

En fin, dentro de la débil argumentación que ha dado su apoyo a la elaboración del TRLGDPD se ha añadido en algunos casos la idea de que la elaboración del texto refundido sirve para blindar los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, no se entiende muy bien por qué razón el nuevo texto legal, con rango de ley ordinaria, va a proteger más los derechos que los textos normativos que antes también los recogían y que también tenían el rango de ley ordinaria¹⁸, salvo que se crea que unificar los textos aumenta la solidez de su contenido, lo que es muy aventurado. Otra cosa es que lógicamente sea más coherente que haya una norma general en materia de discapacidad en lugar de dos o tres¹⁹; asimismo, este tipo de operaciones pueden mejorar la estructuración y ordenación de los derechos²⁰. Sin duda, todo ello es positivo, pero por las circunstancias señaladas y por otras razones que se apuntarán, creo que se debería haber llegado a este resultado tras una tramitación ordinaria, no mediante un Texto Refundido.

3.2.2. Sobre su oportunidad y coherencia. Especialmente en perspectiva laboral

Desde una perspectiva de oportunidad tampoco parece tener mucho sentido la reciente aprobación de un Texto Refundido, que muestra cómo el sector impulsa estrategias y dinámicas a un ritmo frenético. Desde una perspectiva

¹⁷ Es muy destacable al respecto la ponencia defendida por el Sr Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI en la *Jornada de Reflexió: la Llei General dels Drets de les Persones amb Discapacitat, i l'àmbit del treball*, celebrada en Barcelona el pasado 17 de febrero de 2014. La ponencia, proyectada en diferido en la jornada bajo el título “Valoración del texto por parte del CERMI”, no identifica ninguna necesidad concreta de regularización, aclaración o armonización entre los tres textos precedentes al TRLGDPD, sino que se limita a realizar referencias genéricas a dicha necesidad.

¹⁸ Se trata de una idea defendida en la ponencia “Valoración del texto por parte del CERMI” referenciada en la nota anterior. Por su parte, la noticia “El CERMI reivindica blindar los derechos de las personas con discapacidad en tiempos de crisis” de 3 de diciembre de 2013, publicada en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx>, insiste en la idea. Al respecto en uno de los apartados de la noticia se señala que “El presidente del CERMI, también se ha referido a esta norma, de la que ha dicho que “supone un avance en la protección jurídica de las personas con discapacidad”, porque deja más claros sus derechos y “frena la tentación” de llevar a cabo recortes “en momentos difíciles, cuando todo se cuestiona”.

¹⁹ Virgala Foruria, E.: “La Delegación Legislativa...”, ob. cit. pág. 1491 atribuye a esta figura la pretensión de ganar “en seguridad jurídica y en precisión”.

²⁰ En el apartado III de su Dictamen 1183/2013 el Consejo de Estado “valora positivamente la labor refundidora llevada a cabo, que consolida en un texto único las disposiciones legales que hasta el momento han venido regulando esta materia y posibilita su mejor estructuración y ordenación”. De todos modos, como se ha señalado, el TRLGDPD efectúa una refundición “en fila india”, de modo que la mejora en materia de estructuración y ordenación es más que incierta.

laboral, en lo que concierne a este frenesí de iniciativas y dinámicas dirigidas a la creación y modificación normativa, podemos señalar dos ejemplos. Uno es anterior a la aprobación del Texto Refundido y el otro se refiere a una dinámica posterior y pendiente de confirmarse, pero ambas muestran cómo en perspectiva de Derecho del Trabajo el Texto Refundido no es nada coherente con otras iniciativas directa o indirectamente promovidas por el sector de la discapacidad.

Así, de un lado, desde el mes de septiembre de 2008 se puso en marcha la “Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad” un texto originado en la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, acordado entre el Gobierno, el CERMI y las organizaciones patronales y sindicales más representativas y que pretendía efectuar una detallada revisión de la regulación del empleo de las personas con discapacidad²¹. Ciertamente, la Estrategia Global ha dado bastante poco de sí, a pesar de su ambicioso programa de reformas, siendo una de las razones que justificarían este fracaso el desinterés del CERMI en un proceso del que no parecía obtener ventajas apreciables²². Lo curioso es que antes de que finalizase el periodo de vigencia de la Estrategia Global, el CERMI y el Gobierno ya se habían embarcado en otro proyecto, ni tan siquiera mencionado en la Estrategia: la elaboración de un Texto Refundido que como veremos contiene importantes “matizaciones” en materias laborales.

Pues bien, el proceso de elaboración del Texto Refundido, aprobado finalmente en el mes de noviembre de 2013 tampoco ha servido para ralentizar este sinfín de propuestas, ya que en pleno proceso de diálogo civil y social previo a la aprobación del TRLGDPD, la disposición final decimosexta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral estableció que en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Como cabe suponer, la elaboración de un texto regulador del empleo de las personas con discapacidad, a la que en absoluto se ha renunciado²³, podría comportar

²¹ Para una visión inicial de la Estrategia, puede consultarse el trabajo de Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro, J.: “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia Global de Acción para el Empleo de personas con discapacidad 2008-2012”, Aranzadi Social núm. 17/2008, consultable en versión Aranzadi Bibliotecas (BIB 2008/2873). Para una perspectiva de balance tras su finalización Vid: Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad...ob. cit, con carácter general.

²² Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad... ob. cit, pág. 70.

²³ Ha sido reivindicada por el Sr Pérez Bueno, Presidente del CERMI, en su ponencia “Valoración del texto por parte del CERMI”, defendida en febrero de 2014, en la *Jornada de Reflexió: la Llei General dels Drets de les Persones amb Discapacitat, i l'àmbit del treball*, celebrada en Barcelona el pasado 17 de febrero de 2014

el vaciado o importantes afectaciones al contenido de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, estatal de empleo y del TRLGDPD, lo que hace todavía más incomprensible un grado tan elevado de hiperactividad que puede generar desconcierto y graves contradicciones.

Daría la impresión de que no hay improvisación alguna en esta estrategia compleja, hiperactiva y aparentemente contradictoria, sino que se buscaría que los sutiles y profundos cambios introducidos en el TRLGDPD en materia laboral pasen, por pura inercia, desde el Texto Refundido a la nueva Ley de promoción de inclusión laboral de las personas con discapacidad que pueda aprobarse en un futuro. Confirma esta sospecha la amplísima habilitación para desarrollo reglamentario del nuevo Texto Refundido, contenida en el apartado primero de la disposición adicional primera del TRLGDPD. Al respecto, los dictámenes del Consejo Económico y Social²⁴ y del Consejo de Estado²⁵ han coincidido en señalar lo inadecuado de tal habilitación²⁶ que sugiere la pretensión de consolidar, vía desarrollo reglamentario, las profundas aunque –en ocasiones– sutiles reformas introducidas a través del TRLGDPD.

Llegados a este punto cabe concluir que, efectivamente ni era necesario ni era oportuno acometer una refundición de los tres textos legales mediante la atribución de potestad de refundición al Gobierno. Sobre todo, teniendo en cuenta sus resultados en materia laboral. Es más, creo que lo realmente necesario era abordar un nuevo texto único en sede parlamentaria que permitiese, con el rigor y la dedicación que el tema merece, abordar un texto nuevo unificado sin las ataduras y limitaciones del artículo 82.5 CE. El tiempo pasado desde la ratificación de la Convención Internacional hacía todavía más conveniente esta operación ya que habría permitido una mejor entrada de sus principios y de su contenido en una Ley General de Discapacidad. En este sentido, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue una operación de urgencia que dejó tareas pendientes, de manera que una auténtica y completa adaptación normativa a la Convención exigía y exige otra Ley que

²⁴ Cit, pág. 23

²⁵ Informe del Consejo de Estado 1183/2013, de 14 de noviembre de 2013.

²⁶ Advierte el Dictamen del Consejo de Estado que “(...) las tres leyes que son objeto de refundición por el Proyecto han sido desarrolladas ya reglamentariamente como se ha puesto de manifiesto en diversas partes de este dictamen, resultando confuso como ha puesto de manifiesto, entre otros, el Consejo Económico y Social, que el Proyecto contemple nuevas previsiones de desarrollo normativo *ex novo*, a excepción de los aspectos que no hubieran sido objeto de regulación hasta el momento de la aprobación de la Ley. Este Consejo de Estado considera que debería aclararse y precisarse el alcance de esta disposición”. Lo cierto es que el Consejo de Ministros no ha atendido a la petición del Consejo de Estado ya que la disposición final tercera TRLGDPD mantiene un planteamiento de gran amplitud, sin ningún tipo de justificación.

siga la tramitación ordinaria²⁷.

Por si fuera poco, no hemos de olvidar que abordar una necesaria puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional exigía bastante más que una discusión parlamentaria dirigida a aprobar una Ley General de Discapacidad. Y ello es así porque la LISMI y la LIONDAU nunca han regulado al completo el amplio espacio de materias que afectan a la discapacidad. En este sentido, hay materias de gran relevancia que están pendientes de un ajuste a la Convención y que tradicionalmente no han formado parte de la LISMI y de la LIONDAU²⁸, ya sea porque han de ser objeto de ley orgánica, ya sea porque han sido abordadas por la normativa civil, como es el caso de las materias relacionadas con la capacidad de obrar. Cabe reseñar, como mínimo tres ámbitos de gran relevancia y de necesaria adaptación a la lógica de la Convención como son la regulación de la capacidad de obrar (art. 12 de la Convención)²⁹; de la libertad y seguridad de la persona (art. 14) o, en fin, las cuestiones relacionadas con el sufragio activo y pasivo, ambiciosamente reguladas por la Convención Internacional en su artículo 29, dedicado a la participación en la vida política y pública³⁰. En conclusión, no solo habría sido necesario abrir un debate parlamentario sistemático sobre la materia sino que la reflexión debería haber ido más allá de la elaboración de una Ley general, y haber incluido en el debate materias tradicionalmente reguladas en otras disposiciones legales. Seguramente, un planteamiento global de puesta al día evitaría dislates como el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal que prevé internamientos potencialmente indefinidos de personas con discapacidad, en

²⁷ Sobre las relaciones entre el ordenamiento jurídico español, la Convención, y la adaptación de aquel a esta, vid: Pérez Bueno, L.C.: “La recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes Necesarios”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 319 y ss.

²⁸ Vid al respecto De Lorenzo, R.: “Los contornos del derecho de la discapacidad”, ob. cit, págs. 109 y 110.

²⁹ En esta materia, no obstante, el TRLGDPD introduce una interesante novedad ya que sin entrar en detalles, el artículo 6 de la nueva Ley señala bajo la rúbrica “Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad” algunos principios inspirados en el artículo 12 de la Convención Internacional y que apuntan a la reforma en la normativa civil común y autonómica. Nótese que la Convención utiliza la expresión capacidad jurídica para referirse a nuestra capacidad de obrar. Sobre la cuestión vid la interesantísima aportación de Bariffi, F.J.: “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 353 y ss.

³⁰ Sobre la notoria falta de sintonía entre la Convención Internacional y la normativa interna en materia de derecho de sufragio activo y pasivo, es excelente el artículo de Fernández Maeso, M.: “¿Cómo que no puedo votar?”, EL PAÍS, de 8 de enero de 2014, págs. 34 y 35, accesible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/07/actualidad/1389128922_739374.html, consultado el 9 de junio de 2014.

tanto que medidas de seguridad, planteamiento que puede incurrir a las claras en discriminación por razón de discapacidad, vulnerando los artículos 14 y 49 CE así como el artículo 5.2 de la Convención³¹. Afortunadamente, las últimas gestiones de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados parecen indicar una nueva orientación de la reforma³².

En fin, al hilo de lo que se acaba de señalar y en coherencia con la necesidad de un replanteamiento a fondo de las diversas regulaciones internas de la discapacidad, cabría también la reflexión a propósito de si era necesario mantener una Ley General de Discapacidad, que es lo que a fin de cuentas supone el TRLGDPD, o bien limitarse a promover los derechos de las personas con discapacidad en normas generales³³ del ámbito educativo, sanitario, de Servicios Sociales u otros, partiendo del mantenimiento de la LIONDAU. La cuestión es interesante, pero también ha sido momentáneamente robada al debate aunque sería necesario abordarla en un futuro. A título de ejemplo, en la parcela del Derecho del Trabajo se produce una tensión menor entre el contenido laboral de la LISMI –y ahora el TRLGDPD–, por un lado, y el TRLET y la Ley 56/2003, por otro. Otro tanto sucede en el ámbito de la legislación educativa entre el TRLGDPD, arts. 18 a 21 (Capítulo IV del Título I), y la normativa educativa estatal, arts. 71 y ss de la Ley Orgánica 2/2003, de 3 de mayo de Educación, y autonómica³⁴.

3.3 Adecuación constitucional del TRLGDPD

El TRLGDPD es un texto que suscita algunas dudas en clave de constitu-

³¹ Una presentación general del Proyecto de Ley y de sus cuestiones clave en Prats, J.: “¿Enfermos mentales y presos para siempre?”, EL PAÍS de 7 de abril de 2014, accesible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html, consultado el 7 de junio de 2014.

³² A este respecto, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el día 10 de junio de 2014 una Proposición no de Ley, asumiendo su apoyo al colectivo de personas con trastorno mental mediante el compromiso de “velar por que en la reforma del Código Penal reciban un tratamiento justo, adecuado y sin discriminación de ningún tipo”. En concreto, la Proposición asume prescindir de la utilización del término “peligrosidad” asociado al trastorno mental. *Vid* el texto de la Proposición aprobada en el BOCG, Serie D, núm 509, de 19 de agosto de 2014. La Proposición fue formulada por el Grupo Parlamentario Socialista y publicada en el BOCG, Serie D, núm. 364, de 26 de noviembre de 2013.

³³ Azua Berro, P.: “Evolución de la legislación española...”, ob. cit., : pág. 141, apuntaba hace algún tiempo que “Todo parece indicar que la evolución legislativa tomará la senda del “*mainstreaming*”, que aunque nace para integrar la perspectiva de la igualdad de género en todos los ámbitos, con frecuencia se viene aplicando al ámbito de la discapacidad. Sin embargo, la dialéctica legislación específica frente a legislación general en la que quepa éste y otros colectivos desfavorecidos, va a seguir presente”.

³⁴ Téngase en cuenta que en materia educativa, la legislación autonómica dispone de un amplio espacio de despliegue. A título de ejemplo, la Ley catalana 12/2009, de educación aborda algunas cuestiones que posteriormente son desarrolladas con notable detalle por el Decreto catalán 229/1997, de 25 de noviembre, sobre atención educativa a personas con necesidades especiales.

cionalidad que merece la pena subrayar con alcance general, sin perjuicio de que más adelante se proceda a reflexionar sobre la adecuación constitucional de su contenido laboral. Ya se ha apuntado cómo, *a priori*, no hay impedimento constitucional alguno para que las Cortes puedan atribuir al Gobierno la capacidad de refundir diversos textos con rango de Ley sobre materias determinadas (art. 82.5 CE), delegación que podrá llevarse a cabo mediante una Ley ordinaria (art. 82.2 CE). Ahora bien, si dicha legitimación es indiscutible, una primera lectura del TRLGDPD suscita al menos dos cuestiones relacionadas, respectivamente, con el ámbito normativo a refundir y con el alcance de la actividad de aclaración, armonización y regularización.

3.3.1. *La identificación del ámbito normativo a refundir y la “refundición” parcial de la Convención Internacional*

La primera cuestión que suscita el TRLGDPD en clave constitucional tiene que ver con la exigencia del artículo 82.3 CE en el sentido de que la delegación legislativa habrá de otorgarse “para materia concreta”, añadiendo el artículo 82.5 que “la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación”³⁵. Ciertamente, la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, autorizaba al Gobierno para proceder a la refundición de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, pero nada señalaba al respecto, afortunadamente, dada la complejidad que ello entrañaría, a propósito de la Convención Internacional.

Pues bien, lo cierto es que el Gobierno ha llevado a cabo una refundición de los tres textos legales añadiendo, cuando le ha parecido oportuno, aspectos recogidos en la Convención Internacional, pero no en la legislación interna. La exposición de motivos no oculta la operación; antes al contrario, señala que se han revisado “los principios que informan la Ley conforme a lo previsto en la Convención”, razón por la cual aparecen en el artículo 3 de la Ley tres principios que no aparecían ni en la LISMI ni en la LIONDAU³⁶. Asimismo, el nuevo texto legal incorpora entre otros, la discriminación por asociación (art. 2 e]) que “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto

³⁵ Virgala Foruria, E.: “La Delegación Legislativa...”, ob. cit. pág. 1491, subraya que “la ley de refundición ha de señalar exactamente qué sector del ordenamiento jurídico es el afectado por la delegación legislativa”.

³⁶ Los principios más novedosos del TRLGDPD son (art 3):

^{d)} El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana”

^{e)} La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”

^{f)} El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

de trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o razón de discapacidad”, reconocida expresamente en el acervo jurídico europeo a partir de la STJUE de 17 de julio de 2008³⁷. Igualmente, son resultado de esta refundición *sui generis* con la Convención los artículos 53 y 54.1 del TRLGDPD, que acogen algunos aspectos de participación en la vida política y pública³⁸ no reflejados previamente en ninguno de los textos objeto de refundición³⁹, que no dejan de ser una clara reproducción de las ideas esenciales del artículo 29 de la Convención Internacional en materia de participación política. Este proceder del Gobierno generó en su momento una llamada de atención, no muy severa por cierto, del Consejo de Estado, que en el apartado III de su informe subraya la incoherencia de refundir la Convención teniendo en cuenta que el texto no es una de las tres normas objeto de la refundición⁴⁰, y añadiendo otra crítica absolutamente inapelable, al recordar que la adaptación normativa a la Convención debía haberse completado mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, específicamente dedicada a este quehacer⁴¹.

Cuestión diferente es que en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto-Legislativo, elaborada por el Gobierno

³⁷ Asunto C-303/2006, *Coleman v Atridge*.

³⁸ El artículo 53 del Texto Refundido, establece que “Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen”. Asimismo, el artículo 54.1 del Texto Refundido establece que “Las personas con discapacidad podrán participar plena y efectivamente en la toma de decisiones públicas que les afecten, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen”.

³⁹ Debe tenerse en cuenta que la LIONDAU sí recogía algunos de los elementos que han aparecido en el Capítulo VIII del Texto Refundido –Derechos de participación en los asuntos públicos–, como es el caso de los apartados 2 y 3 del artículo 54 y del artículo 55, que son la reproducción, respectivamente, de los artículos 15.1; 15.2 y 15.3 de la LIONDAU.

⁴⁰ Al respecto, señala el Dictamen 1183/2013 elaborado a propósito del Proyecto de TRLGDPD, “(...) que el Gobierno, en su labor de refundición, debería seguir más de cerca los textos legales que se refunden, evitando innovaciones que, en todo caso, podrían ser objeto de una posterior iniciativa legislativa”.

⁴¹ “A este respecto hay que tener en cuenta que la Convención no es una de las tres normas objeto de la refundición, sino que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llevó a cabo, como el propio título de la norma indica, la adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con la Discapacidad, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Es importante recordar a este respecto que la citada Ley 26/2011 de adaptación de la Convención modifica las Leyes 13/1982 y 51/2003 que son objeto de refundición (junto con la Ley 49/2007), de modo que la Convención ya ha sido incorporada expresamente a nuestro ordenamiento jurídico en la forma descrita con las correspondientes adaptaciones de las leyes que ahora se proyecta refundir”. Todo ello más allá del carácter incompleto de la adaptación, señalado en un punto anterior.

y remitida al Consejo de Estado⁴², el ejecutivo sugiere que la pretensión del Texto Refundido sería hacer coherente la regulación básica con normas posteriores, dedicadas a campos específicos de la discapacidad, lo que tampoco es en sentido estricto el objeto del TRLGDPD. Formalmente, la refundición del artículo 82.5 TRLGDPD no pretende armonizar la legislación básica con la regulación educativa o laboral, como el TRLET o la Ley 56/2003, aunque hay que reconocer que utilizar el Texto Refundido con esta finalidad tiene cierta lógica, como se señalará en el apartado correspondiente al contenido laboral del TRLGDPD. A título de ejemplo, si la Ley de Empleo ha modificado determinados contenidos de la LISMI será razonable que el nuevo TRLGDPD tenga en cuenta esta realidad y no reproduzca literalmente el contenido de la LISMI.

3.3.2. *El alcance de la armonización, aclaración y regularización de los textos legales*

Ya se ha señalado que el artículo 82.5 CE prevé que en la elaboración de textos refundidos será posible regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hayan de ser refundidos, y ese es el tipo de autorización que recibió el Gobierno del Estado mediante la Ley 26/2011 para proceder a la aprobación del TRLGDPD. Por lo tanto, se trataría de fusionar textos clarificando y armonizando los elementos de contradicción que puedan darse entre ellos⁴³, lo que evidentemente va a permitir que el Gobierno ejerza un papel creativo a la hora de llevar a cabo la tarea de refundición, superando una mera actividad de depuración de errores e incorrecciones⁴⁴. En efecto, es prácticamente imposible resolver las contradicciones que puedan darse entre dos o más textos sin introducir reglas adicionales a las existentes. A estos efectos, cabe señalar algunas directrices subrayadas por el Tribunal Constitucional

- a) Así, en primer lugar la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16º insiste en que tal habilitación permite “introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido”.
- b) Asimismo, la STC 166/1997, de 4 de julio, FJ núm. 8 apunta cómo “la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un

⁴² Citada por el Informe 1183/2013 del Consejo de Estado en diversos de sus apartados. Así, señala la Memoria de 30 de septiembre de 2013 que “En el caso de la LISMI, esta Ley ha ido sufriendo múltiples modificaciones de distintos alcance desde su aprobación. Muchos aspectos de su regulación como la educación, la accesibilidad o el empleo, han sido desarrollados por leyes posteriores específicas en la materia (...)”. Ahora bien, la normativa educativa o laboral no estaba entre las Leyes objeto de refundición, de modo que la Memoria no parece del todo bien orientada.

⁴³ En lo que concierne a la regularización, no parece que añada nada apreciable a las funciones de clarificación y armonización de contradicciones. De hecho, el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/1992, de 6 de febrero (FJ 16º) ha señalado que las tres funciones son sustancialmente equivalentes.

⁴⁴ Virgala Foruria, E.: “La Delegación Legislativa...”, ob. cit. pág. 1491.

contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa”. De este modo, es posible que un Real Decreto-Legislativo introduzca contenido novedoso en el Texto Refundido sin incurrir en *ultra vires* ya que la delegación “habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”.

Por lo tanto, es evidente que el TC admite la posibilidad de introducir modificaciones al tiempo que se procede a refundir. A estos efectos, en el siguiente apartado procederemos a analizar las modificaciones introducidas en el contenido laboral de LISMI, a la luz de esta jurisprudencia, sin perjuicio de que el TC no siempre ha sido complaciente con la función refundidora, como sucede en la STC 51/2004, de 13 de abril, que decretó la nulidad parcial de un Texto Refundido del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en materia urbanística por incurrir en *ultra vires*.

4. EL CONTENIDO LABORAL DEL TRLGDPD Y LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS

4.1. Consideraciones generales sobre el contenido laboral del Texto Refundido

Con carácter general, el contenido laboral del TRLGDPD es el correspondiente al Capítulo VI del Título I, encabezado por la rúbrica “Derecho al trabajo”, que viene a substituir al Título VIII de la LISMI, encabezado por la rúbrica “De la integración laboral”. El cambio de denominación va en la buena dirección ya que muestra muy a las claras la pretensión de consolidar el paso del modelo médico de la LISMI, al modelo social de la Convención Internacional y de la LIONDAU, fundado no tanto en una noción asistencial, la de la integración laboral, sino que se fundamentaría en una noción de derechos. Ahora bien, como veremos, algunos sutiles pero intensos cambios operados en el contenido laboral del Texto Refundido no auguran buenos presagios a propósito de la adecuación a la Convención. Como novedad, en la sistemática del TRLGDPD se prevé una división del contenido en cuatro secciones, siendo la primera de ellas dedicada a disposiciones generales (arts. 35 a 39), mientras que la segunda (arts. 40 a 42), la tercera (arts. 43 a 46) y la cuarta (art. 47) se dedican, respectivamente, a empleo ordinario, a empleo protegido y a empleo autónomo. Se advierte, no obstante, que el comentario que sigue no se va a ceñir al análisis del Capítulo VI del Título I del TRLGDPD ya que hay otros contenidos de notable interés, que interactúan con el contenido laboral. Me

estoy refiriendo a diversos preceptos ubicados en otros apartados de la Ley: la noción de persona con discapacidad (art. 4); la regulación del apoyo para la actividad profesional (art. 17) y, en fin, algunas de las novedades reflejadas en el precepto legal dedicado a los centros ocupacionales (art. 52).

A grandes rasgos, el contenido estrictamente laboral del TRLGDPD es el de la LISMI, aunque el nuevo articulado ha suprimido algunos elementos, lo que tiene una cierta lógica. Al respecto, dado el margen con el que cuenta la potestad refundidora es aceptable que el Gobierno haya suprimido contenido inoperante como el del artículo 44 de la vieja LISMI, dedicado a la integración en la Seguridad Social de los trabajadores con discapacidad de entornos protegidos⁴⁵. Asimismo, se suprime el contenido del artículo 40 LISMI, que habilitaba al ejecutivo para desarrollar el empleo selectivo, lo que comporta dejar sin cobertura legal algunos de los artículos del RD 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo y medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad⁴⁶. El capítulo de las supresiones incluye la eliminación de los artículos 47 y 48 de la misma Ley, dedicados al derogado subsidio de garantía de ingresos mínimos, sin perjuicio de que todavía quedan beneficiarios del mismo (disposición transitoria única del TRLGDPD). A este respecto, si el Tribunal Constitucional (STC 166/1997, de 4 de julio, FJ núm. 8) admite dentro de las tareas de refundición “llevar a cabo una depuración técnica de los textos” objeto de refundición, la tarea depuradora ha de incluir tal suerte de supresiones. Más sospechosa se me antoja la eliminación del artículo 46 LISMI ya que se suprime un contenido que también ha pasado sin pena ni gloria pero que podía representar algún papel en el favorecimiento del tránsito de trabajadores

⁴⁵ El viejo artículo 44 de la LISMI preveía que “Los trabajadores con discapacidad empleados en los Centros Especiales de Empleo quedarán incluidos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, dictándose por el Gobierno las normas específicas de sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social, en atención a las peculiares características de su actividad laboral”. Se trata de un artículo que cabría interpretar como prescindible porque venía a señalar que a los trabajadores de Centros, se les debía de dar de alta en el Régimen de Seguridad Social correspondiente a la actividad del Centro, lo que estaba de más si partimos de que la actividad en Centros es una actividad laboral. Pero también el artículo 44 podía ser interpretado como una suerte de artículo constitutivo de un Régimen Especial de Seguridad Social para las personas con discapacidad que trabajasen en Centros Especiales de Empleo, lo que en sí mismo ya era mucho más inquietante, si bien Aznar López, M. y otros: *Integración social de los Minusválidos*, Madrid, MTSS, 1982, pág. 154, señalaron la posibilidad como aconsejable en perspectiva unificadora del régimen de Seguridad Social de los trabajadores de entornos protegidos, sin tener en cuenta los riesgos evidentes de precarización que todo ello habría comportado. De cualquier modo, el precepto ha pasado sin pena ni gloria por lo que la simplificación operada se me antoja necesaria para aligerar el texto de contenido superfluo.

⁴⁶ Se trata de una supresión más que discutible. La cuestión se aborda en PASTOR MARTÍNEZ, A. y SOLA MONELLS, X.: *La incidencia de la discapacidad sobrevenida sobre la relación laboral*, Tirant lo Blanch, en preparación.

desde el empleo protegido hasta el empleo ordinario⁴⁷. Más adelante volveré sobre esta cuestión porque si bien el principio de transición del empleo en protegido al empleo normalizado se mantiene formalmente en el artículo 43.1 TRLGDPD, los cambios operados van en la dirección contraria.

Por lo demás, se ha de recordar que la reforma aporta también otros contenidos no reflejados en las leyes refundidas, como es el caso del correspondiente a los artículos 37, dedicado a los tipos de empleo de las personas con discapacidad; 41, sobre los servicios de empleo con apoyo; 46, que aborda los enclaves laborales y, finalmente, el artículo 47 dedicado al empleo autónomo.

Con carácter previo al análisis del Capítulo VI del Título I del TRLGDPD, abordaremos los cambios operados en una cuestión general pero de marcada incidencia en el empleo: la noción jurídica de persona con discapacidad.

4.2 La nueva noción de persona con discapacidad y su incidencia en el ámbito del empleo

Con anterioridad a la aprobación del TRLGDPD, la única disfunción en materia laboral que habría justificado técnicamente una aclaración o armonización a través de un Texto Refundido era precisamente la contradicción generada entre la LISMI y la LIONDAU en materia del concepto de persona con discapacidad. A este respecto, el artículo 7 de la LISMI definía al titular de los derechos como “las personas cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. La LISMI no hacía referencia a un determinado porcentaje de discapacidad⁴⁸, de modo que fueron sobre todo disposiciones reglamentarias las que posteriormente clarificaron que cabía entender por persona con discapacidad a los efectos del empleo a la que alcanzase al menos un 33 por 100 de discapacidad en la aplicación del baremo del RD 1979/1999. Tal es el caso, entre otros, del RD 1368/1985, regulador de la relación laboral especial en Centros Especiales, si bien en 2001, la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, reformada posteriormente por la LIONDAU, establecía que para acceder a medidas de fomento de empleo para el mercado ordinario era necesario acreditar una discapacidad no inferior al 33 por 100.

⁴⁷ Al respecto, el artículo 46 LISMI establecía que “los equipos multiprofesionales de valoración deberán someter a revisiones periódicas a las personas con discapacidad empleadas en los Centros Especiales de Empleo a fin de impulsar su promoción teniendo en cuenta el nivel de recuperación y adaptación laboral alcanzado”. Por su parte, el Dictamen del Consejo Económico y Social, cit. pág. 13, justifica precisamente la supresión del precepto “debido a la falta de aplicación del RD 1368/1985, de 17 de julio, que regulaba este aspecto”.

⁴⁸ Se trata de una disfunción ya resaltada por Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 47, subrayando que la supresión de una enmienda aprobada en el Senado y dirigida a la inclusión de un determinado porcentaje “plantea algunas incertidumbres”.

La irrupción de la LIONDAU en 2003 comportó la aparición, en el ámbito regulado por esta Ley, de un concepto de discapacidad más amplio y flexible que acabaría mostrando sus contradicciones con el de la LISMI. Al respecto, el artículo 1.2 de la LIONDAU establecía un concepto de persona con discapacidad casi idéntico al del TRLGDPD según el cual, serían personas con discapacidad las que “presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Ahora bien, la novedad radicaba en que el tercer párrafo del artículo 1.2 LIONDAU establecía que “a los efectos de la Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Con una cierta ambigüedad la LIONDAU añadía a continuación que “En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. El debate no tardó en abrirse entre algunas posiciones judiciales que defendían que este concepto ampliado de persona con discapacidad era también aplicable al ámbito del empleo⁴⁹. Dicha posición podía defenderse teniendo en cuenta que la LIONDAU señalaba que dicha asimilación era aplicable “En todo caso”. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 1.2, en el que se recogía esta noción ampliada, venía encabezado por la idea de que el concepto lo era “a los efectos de esta Ley”, y la LIONDAU no era un texto aplicable directamente al ámbito del empleo y la ocupación. Antes al contrario, el artículo 3 de la LIONDAU clarificaba los ámbitos del nuevo texto de 2003, reservándose un papel meramente supletorio en materia laboral⁵⁰.

Más allá del juego interpretativo al que se prestaba el artículo 1.2 de la LIONDAU había también un debate de fondo. La cuestión estaba en la razonabilidad de considerar persona con discapacidad a todas las personas declaradas en incapacidad permanente en grado de total o superior o bien si no era más razonable exigir, caso por caso, que se alcanzase al menos un grado del 33

⁴⁹ Un comentario a dicha doctrina judicial en Arias Domínguez, A.: “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003. Comentario a la STSJ de Asturias, de 26 de octubre de 2007 (AS 2007, 3651)”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008

⁵⁰ El artículo 3 LIONDAU en su último párrafo señalaba que “La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

por 100 en aplicación del baremo del RD 1979/1999. A este respecto, algunas personas declaradas en incapacidad permanente total, pueden acreditar en realidad un levísimo grado de discapacidad, si consideramos que una lesión globalmente leve, pero importante para las funciones desempeñadas, puede dar lugar a una incapacidad permanente total. Lo cierto es que el Tribunal Supremo unificó doctrina mediante diversas sentencias iniciadas por la de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/3539), en la que consideró que dicha asimilación no era posible porque *grosso modo* la LIONDAU no era aplicable al ámbito del empleo. La postura del Tribunal Supremo se me antoja la más plausible, tanto desde el punto de vista estrictamente interpretativo como, sobre todo, desde el punto de vista de fondo ya que la asimilación favorecía el acceso a ayudas y al empleo en Centros Especiales a personas con dificultades muy menores desde un punto de vista general. Por ejemplo, dicha interpretación habría permitido, --y permitirá a resultas del contenido del Texto Refundido--, que trabajadores que ni siquiera alcanzasen el 33 por 100 en aplicación del baremo pudiesen ser contratados por Centros Especiales de Empleo bajo la relación laboral especial. Otro tanto cabe decir respecto a la reserva de empleo.

Pues bien, el TRLGDPD tras señalar una noción general de discapacidad de inspiración social en su artículo 4.1⁵¹, añade (art. 4.2) una clarificación necesaria y ausente en el texto de la LISMI --no en el de la LIONDAU-- al apuntar que “a todos los efectos tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100”. De este modo, con un alcance general que considero positivo⁵², el legislador subraya la necesidad de acreditar un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100, exigencia que el texto de la LISMI no llegó a establecer⁵³.

Además, el legislador aclara otro desencuentro preexistente entre LISMI y LIONDAU señalando que las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total o superior tendrán la consideración “a todos los efectos” de persona con discapacidad, lo que incluye el ámbito del empleo y comporta la

⁵¹ La noción es muy próxima a la de la LIONDAU y establece que (art. 4.1) son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁵² No obstante, lo anterior, llama la atención que en su último inciso el artículo 4.2 recuerde que “Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”. Ello sugiere como mínimo una notable libertad a la hora de elevar el porcentaje de discapacidad o a la hora de exigir otras características para acceder a otros beneficios; también en materia de empleo.

⁵³ Se trata de una clarificación con un planteamiento en el que pesa el modelo médico de la discapacidad y que resulta imprescindible para identificar con seguridad jurídica a las personas con discapacidad.

desautorización de la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes reseñada. A este respecto, la opción del Gobierno es impecable en perspectiva constitucional porque existía una contradicción entre los dos textos objeto de refundición que era conveniente aclarar. Por lo tanto, el ejercicio de clarificación y armonización implica optar por alguna de las soluciones posibles, al tiempo que la opción adoptada permite aprovechar la valoración de la persona con discapacidad efectuada en sede de Seguridad Social para que tenga alcance general, todo ello sin olvidar que otras leyes habían tomado ya esta orientación⁵⁴. Ahora bien, más allá de la legitimidad de la opción tomada, la elección de un concepto flexible de persona con discapacidad encaja con una clara línea de cambios que comentaremos a continuación y que no deberían haberse abordado mediante un Texto Refundido. Antes al contrario, el calado político del conjunto de reformas introducidas exigía un debate de mayor altura.

En este sentido, se resaltarán a continuación los contenidos laborales de mayor novedad del nuevo Texto Refundido, mientras que en los últimos apartados me referiré a aclaraciones o armonizaciones que sin implicar novedad radical en el texto, tienen una especial significación.

4.3 Novedades directas aportadas por el TRLGDPD. En especial, la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo

Entrando en detalle, el contenido novedoso de mayor calado en materia laboral viene representado por el nuevo artículo 37.1 del TRLGDPD en el que entre otras cosas se señala que “Será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar su calidad en el empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”⁵⁵. Por su parte, el artículo 37.2 TRLGDPD lista los diversos tipos y subtipos de empleo, distinguiendo entre empleo ordinario, protegido y autónomo, recordando en fin que “el acceso al empleo público se regirá por la normativa reguladora de la materia”.

Sin ningún género de duda, el nuevo artículo 37.1 TRLGDPD refleja un auténtico “golpe de autoridad” sobre el Consejo de Ministros de una parte del

⁵⁴ Y no precisamente en materias menores. Así, el concepto amplio de persona con discapacidad se encuentra en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (art. 2.2), en materia de bonificaciones de Seguridad Social o bien en la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 59).

⁵⁵ Finaliza el nuevo artículo 37.1 de la Ley recordando que las administraciones públicas fomentarán sus oportunidades de empleo promoviendo en general los apoyos necesarios para la “búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”, contenido al que se dedica con mayor detalle el artículo 39 del nuevo Texto Refundido, sucesor del viejo artículo 38.4 LISMI.

sector de la discapacidad; sobre todo, de los grupos más favorables a una expansión generalizada del empleo protegido⁵⁶. Así, el nuevo artículo 37 TRLGDPD elimina por omisión el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo presente en nuestro ordenamiento jurídico desde 1982 en el contenido del viejo artículo 37 LISMI. Se trata de una operación de improbable justificación ya que el artículo 82.5 CE habilita al ejecutivo a armonizar, aclarar y a regularizar textos pero el principio de preferencia por el empleo normalizado no generaba ningún tipo de contradicción ni de duda entre la LISMI y la LIONDAU. Ahora bien, la operación es aún más incomprensible teniendo en cuenta que el nuevo artículo 37.1 del TRLGDPD entra en rotunda contradicción con el artículo 27.1 de la Convención Internacional, que proclama el derecho a ganarse la vida en un entorno y mercados laborales que sean “abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. En otras palabras, la pretendida adaptación de la normativa interna a la Convención, subrayada en la exposición de motivos del nuevo Texto Refundido, quiebra estrepitosamente en este punto.

Así pues, el TRLGDPD pretende substituir la cantidad por la calidad de manera que ya no es prioritario el empleo normalizado, sino que lo importante es aumentar las tasas de empleo y de actividad de las personas con discapacidad, sea donde sea. No en vano, la relación de los tipos de empleo del artículo 37.2 TRLGDPD no contiene jerarquías, sino que el derecho al trabajo se ejercerá indistintamente a través del empleo ordinario, del empleo protegido y, en fin, del empleo autónomo. De este modo, el discurso según el cual todas las opciones de empleo son igualmente válidas se abre camino⁵⁷, pero lo hace cometiendo las graves irregularidades jurídicas ya señaladas y enterrando uno de los pilares de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Disca-

⁵⁶ Entre las entidades que han manifestado su adhesión a un planteamiento expansivo del empleo protegido cabría destacar el Grupo Fundosa, al que me he referido en nota anterior o la Confederación Nacional de Centros de Empleo (CONACEE), que se distingue por la reivindicación de un modelo expansivo de empleo protegido.

⁵⁷ Reflejan este sentir las opiniones señaladas por Sánchez-Cervera Senra, J.M.: “Nueva realidad social y jurídica de los Centros Especiales de Empleo. Empleo y discapacidad, alternativas necesarias”, en AA.VV.: *Congreso Nacional Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM, 2007, pág. 40, quien reivindicaba que “resulta necesario y urgente que en el marco jurídico de los CEE se reconozca a éstos con la misma configuración que las empresas dentro del sistema económico de producción de bienes y servicios, debiéndose superar el modelo subsidiario y de tránsito hacia el empleo ordinario con el que aparecen en la LISMI y normas de desarrollo”. El Informe de Backer&Mckenzie: *Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado protegido. Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible*, ejemplar fotocopiado, 2014, realiza una defensa cerrada de este planteamiento en todos sus apartados. Se trata de un informe elaborado a instancias de la patronal Confederación Española de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), accesible en su página web <http://conacee.org/noticias.php> (consultada el día 10 de octubre de 2014), tal y como se señala en el documento de CONACEE: *Centro Especial de Empleo. Un modelo inclusivo de futuro*, ejemplar fotocopiado, 2014, pág. 4. Este último documento es también consultable en <http://conacee.org/noticias.php> (consultada el día 10 de octubre de 2014).

pacidad 2008-2012: la promoción de una mayor contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria. Así, el nuevo Texto Refundido consigue por la puerta de atrás un resultado sorprendente: adaptar la normativa a una realidad labrada durante años: la del aumento creciente del peso del empleo en Centros⁵⁸. En este sentido, algunas voces vinculadas al sector han señalado hace tiempo que la integración en el medio ordinario ha fracasado⁵⁹ pero tampoco proponen rearmar la lucha contra conductas discriminatorias impropias de nuestro contexto jurídico y social; antes al contrario, algunos documentos insisten en la complacencia con la discriminación hasta extremos francamente grotescos⁶⁰. Y es que lo que ha alimentado ese rechazo de algunas empresas al empleo de las personas con discapacidad ha sido precisamente una regulación y ejecución extraordinariamente flexibles de la excepcionalidad y de las medidas alternativas a la reserva de empleo –RD 364/2005, de 8 de abril–, auspiciada en su día por una parte del sector de la discapacidad mediante el I Acuerdo MTAS-CERMI y que ha desviado trabajadores hacia entornos prote-

⁵⁸ Al respecto, pueden consultarse algunos datos sobre este crecimiento en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F.: “Estudio introductorio”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 35 y 36.

⁵⁹ Ese es el discurso defendido por Sánchez-Cervera Senra, J.M.: “Nueva realidad..”, ob. cit., pág. 34, al señalar que “La empresa ordinaria no constituye alternativa de ocupación, y ello no obstante de la obligación de la Cuota de Reserva del artículo 38 de la LISMI, que ha sido sistemáticamente incumplida, y en ocasiones, ni exigida”. También Backer&McKenzie: *Las políticas...cit.*, pág. 12 denuncia que “hoy el mercado sigue excluyendo de manera flagrante a las personas con discapacidad”, pero como contrapartida nos ofrece la “solución” comentada en la nota siguiente. CONACEE: *Centro Especial de Empleo...*, cit, pág. 2 se une al diagnóstico con el mismo tratamiento: potenciar simple y llanamente el empleo protegido.

⁶⁰ Reproduzco a continuación una llamativa propuesta de Backer&McKenzie: *Las políticas de inserción laboral...*, cit., pág. 38, que sugiere como una suerte de alternativa a la imposición de sanciones a las empresas en caso de conductas discriminatorias, la contratación de más medidas alternativas a Centros Especiales de Empleo. En otras palabras, se trata de un planteamiento óptimo para la visión expansiva de los Centros Especiales de Empleo ya que las conductas discriminatorias de la empresa ordinaria alimentarían la segregación. Dada su originalidad, reproduzco a continuación la propuesta en toda su extensión considerando que adolece de un cierto grado de ambigüedad y que, por tanto, merece la pena exponerla para que el lector saque sus propias conclusiones: “Por otro lado y en materia sancionadora, se propone en el caso de conductas de discriminación o de incumplimiento de otras obligaciones legales en materia de discapacidad por parte de las empresas ordinarias, la posibilidad de que los CEEs puedan jugar un papel de colaboración (a través de contratos de prestación de servicios específicos) en el cumplimiento alternativo de dichas obligaciones, de manera que pudieran cumplir un papel de instrumento de mediación prevalente o prioritario en la resolución favorable de conductas irregulares por parte de las empresas ordinarias. Esto es, que desde los poderes públicos se promoviera a los CEEs que fueran específicamente acreditados al efecto (a través de un proceso de contratación específico), para que pudieran actuar como solución *ad hoc* en procesos sancionatorios incoados en contra de empresas ordinarias, para ofrecer una solución que permitiera el cumplimiento de los objetivos en materia de integración de personas con discapacidad”.

gidos⁶¹. En todo caso, el resultado generado por el nuevo Texto Refundido es absolutamente inaceptable, tanto en el fondo como en la forma.

Por otra parte, el nuevo artículo 37 TRLGDPD introduce el principio de la mejora de la calidad en el empleo de las personas con discapacidad⁶². Se trata de un principio inspirador de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, pero que en este caso parece introducido como una especie de muleta del nuevo y forzado artículo 37.1 TRLGDPD. Es decir, de nuevo parecería que lo importante no es dónde se trabaje sino que el empleo sea abundante y de calidad. De cualquier modo, el principio de mejora en la calidad en el empleo tiene un cierto interés y puede potenciar mejoras en el régimen jurídico de algunos incentivos, que a su vez favorezcan mejores retribuciones o una mayor estabilidad en el empleo y en las trayectorias profesionales de las personas con discapacidad⁶³.

Más allá del impacto operado por el nuevo artículo 37, el TRLGDPD aporta tres nuevos artículos sobre materias no tan novedosas. De una parte, dos de esos nuevos artículos pretenden “dar cobijo” a sendos reglamentos aprobados en su día sin una clara cobertura legal y que abordaban la regulación del empleo con apoyo y de los enclaves laborales; se trata, respectivamente, del RD 870/2007, de 2 de julio y del RD 290/2004, de 20 de febrero.

Así, de una parte, el artículo 41 TRLGDPD “regula” la figura de los servicios de empleo con apoyo, entendidos como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del medio ordinario de trabajo (...)”, ya regulado mediante el RD 870/2007, de 2 de julio. El nuevo concepto legal recoge a grandes rasgos los pormenores de la figura, fundamentada en el acompañamiento, mediante monitor o preparador laboral, de personas con especiales dificultades en su incorporación y consolidación en el puesto de trabajo. De hecho, el cambio de importancia en la definición legal radica en que no se trata de regular “programas” de empleo

⁶¹ La consulta en cualquier buscador de internet de la expresión “medidas alternativas”, nos lleva a un buen número de páginas de grandes corporaciones de centros (Fundosa, Grupo Sifu, Gureak, Medalter), que ofrecen sus servicios a las empresas que, por lo que se deduce, obtienen fácilmente la declaración de excepcionalidad. Confirma esta impresión el ilustrativo estudio de Pérez Pérez, J.: “La cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento” Aranzadi Social, núm. 4, 2012 (versión Aranzadi Bibliotecas, BIB 2012/1198). Vid en especial su apartado III, págs. 8 y s.

⁶² El texto se refiere también al aumento de la dignificación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad si bien, sin duda, se trata de una misma idea.

⁶³ Un análisis de detalle sobre las potencialidades de este principio en Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, Revista Española de Discapacidad, volumen 2, núm. 1 2014, págs. 8 y ss. Consultable en <http://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/106/71>

con apoyo, que es la expresión utilizada por el reglamento de 2007, sino “servicios” de empleo con apoyo, de modo que la nueva regulación legal pretendería transmitir la idea de permanencia en los servicios⁶⁴ e incentivar gastos de estructura de los servicios, no solo la contratación de monitores o preparadores laborales. En otras palabras, se busca una mayor garantía de la financiación del empleo con apoyo, sometido hasta ahora a una gravísima precariedad por falta de convocatorias o escasez de presupuesto en las convocatorias autonómicas⁶⁵, pero da la impresión de que el cambio de “programas a servicios” de empleo con apoyo no va a solucionar los graves problemas de financiación detectados hasta la fecha. Es más, la desaparición del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, no augura nada bueno a este respecto. Por lo demás y desde una perspectiva sistemática habría sido interesante poner en relación el nuevo artículo 41 TRLGDPD con el artículo 17 del mismo texto legal, dedicado a la regulación del denominado “apoyo para la actividad profesional” que es una versión actualizada y fusionada de los artículos 32 a 36 LISMI.

Por su parte, el artículo 46 TRLGDPD constituye también una novedad relativa al incorporar al nivel legal la figura de los enclaves laborales, regulados desde hace diez años por el RD 290/2004, de 20 de febrero. Ahora bien, el texto legal es en este caso todavía más modesto, limitándose a realizar una brevísima descripción de los enclaves a partir de su finalidad de favorecer la transición⁶⁶, para pasar a continuación a realizar una completa remisión a un desarrollo reglamentario, ya existente por otro lado. En este caso es todavía más llamativo el carácter extremadamente reducido del contenido legal del enclave ya que no habría estado de más alguna precisión adicional aprovechando su entrada en el contenido de la Ley, de lo que se deduce un claro interés por mantener un amplio margen de potestad reglamentaria. Al respecto, cabe recordar que en los enclaves laborales se fundamentan en contratos de servicios llevadas a cabo en la empresa principal en contextos que con relativa frecuencia pueden ser muy próximos a

⁶⁴ En esta línea se expresa el documento de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE): *Consideraciones relativas al proyecto de Real Decreto-Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, documento sin fecha, pág. 10.

⁶⁵ Vid al respecto el análisis desarrollado en Esteban Legarreta, R.: “La estrategia global de empleo...”, ob. cit., págs. 67 a 69

⁶⁶ La descripción legal de la figura adolece de parquedad, limitándose la Ley a señalar que “Para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo, se pueden constituir enclaves laborales, cuyas características y condiciones se establecen reglamentariamente”.

una cesión ilegal de trabajadores⁶⁷. Además, el texto legal omite toda referencia a la obligación reglamentaria de que se acredite un volumen concreto de transición de los enclaves a la empresa, como justificación de su puesta en marcha y de su mantenimiento. Dada la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo y dados los espacios que el nuevo artículo 46 TRLGDPD deja en manos del desarrollo reglamentario, daría la impresión de que los enclaves van a ser uno de los puntos de preferente intervención de la generosa potestad reglamentaria otorgada por el primer apartado de la disposición final tercera del TRLGDPD. Nótese que el artículo 46 del nuevo texto se refiere al “favorecimiento” de la transición como finalidad de los enclaves pero en ningún momento se subraya la obligación de transición como elemento esencial de los enclaves, que es lo que el RD 290/2004 exige.

En fin, el artículo 47 del Texto Refundido efectúa la obligada mención del empleo autónomo, al final del Capítulo VI del Título I. Se trata de un precepto claramente prescindible, ya que el impulso al empleo autónomo tiene plena cobertura en el artículo 39 de la nueva Ley, dedicado a las “Ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad”, donde se menciona expresamente. Y es que, efectivamente el nuevo artículo 47 lleva a cabo una simple llamada a los poderes públicos para que impulsen iniciativas de trabajo autónomo⁶⁸. Ahora bien, llama la atención la especificación a propósito de que se impulsen iniciativas de trabajo autónomo a través de entidades de economía social, lo que a todas luces significa una llamada a los poderes públicos para que den pleno apoyo a cooperativas de trabajo asociado que emprendan actividad bajo la estructura de Centros Especiales de Empleo. En las páginas que siguen insistiré en la economía social, como nueva cobertura sin mácula del empleo protegido.

4.4. Novedades normativas fruto de la armonización, aclaración y regularización

Hasta ahora, el análisis de los contenidos laborales del nuevo TRLGDPD se ha centrado en novedades directas del Capítulo dedicado al Derecho al trabajo (Capítulo VI del Título I), y las generadas en el concepto de persona con discapacidad. Ahora bien, la lectura atenta del nuevo texto permite detectar

⁶⁷ Sobre esta cuestión puede verse, entre otras, las reflexiones de Llano Sánchez, M.: “El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo?” en AAVV.: *Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo*, Madrid, MTAS, 2008, pág. 147.

⁶⁸ El nuevo artículo 47 TRLGDPD establece que “Los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia”.

algunas novedades dignas de mención y de comentario, más allá de lo ya señalado en el apartado anterior respecto a los artículos 37, 41, 46 y 47 de la nueva Ley. También es cierto que algunos preceptos del TRLGDPD prácticamente permanecen idénticos a sus precedentes de la LISMI. Ese es el caso, por ejemplo, de los antiguos artículos 37 bis 2; 38.2; 43 y 45 LISMI que aparecen reflejados en los artículos 40.2; 42; 44 y 45 del TRLGDPD regulando, respectivamente, a) el deber de adaptaciones y accesibilidad; b) la reserva de empleo en la empresa; c) compensación económica para Centros de utilidad pública, imprescindibilidad y ánimo de lucro, así como d) la creación de Centros Especiales de Empleo. Otros contenidos en materia de igualdad y no discriminación en el empleo tampoco han sido objeto ampliaciones, ya que el objeto de los artículos 37.2, 37 bis 1 y 38.2 LISMI ha pasado a grandes rasgos a los artículos 35.3; 35.4; 35.5; 36 y 40.1 del TRLGDPD.

Respecto a las novedades, algunas de ellas responderían, según mi prudente criterio, a mejoras técnicas de la Ley que podrían encajar en una idea de armonizar o mejorar las normas anteriores –fundamentalmente, la LISMI y la LIONDAU–, completando lagunas o actualizándolas a cambios consolidados en otras normas y que ya afectaban al texto de la LISMI.

Un buen ejemplo de todo ello es el artículo 38 TRLGDPD dedicado a la “orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral”, que introduce algunas modificaciones menores dignas de mención, más allá de que seguramente no tiene sentido que continúe hablándose de colocación cuando, precisamente, la Ley 56/2003, de empleo, se refiere desde hace ya muchos años a la intermediación (art. 20 y ss). Más allá de este último matiz terminológico, es interesante constatar cómo el artículo 38 TRLGDPD efectúa en sus apartados 1 y 3 la inevitable referencia a la intervención de entidades colaboradoras y agencias de colocación en el proceso de intermediación, referencia que no existía en el texto de la LISMI y que era obligada, ya que el texto de la LISMI parecía pretender mantener el monopolio de los Servicios Públicos en materia de intermediación de personas con discapacidad, lo que no tenía ningún sentido, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 56/2003. Por otro lado, me parece ajustado a la normativa de protección de datos de carácter personal que en la regulación del registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, el TRLGDPD (art. 38.2) haya añadido la necesidad de consentimiento de los interesados para su inclusión. Se trata de una mención que la LISMI tampoco realizaba, pero que se me antoja necesaria a la luz de lo previsto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999,

de 13 de diciembre, de tratamiento de datos de carácter personal⁶⁹.

Siguiendo con las novedades “amables” o aparentemente ajustadas a una idea de armonización o aclaración, cabe señalar la mención que se hace en el nuevo artículo 39.2 TRLGDPD a la concesión de ayudas para la eliminación de las “barreras de comunicación o comprensión”, no mencionadas en su antecedente inmediato, el artículo 38.4 LISMI, que se limitaba a señalar las ayudas para la eliminación de barreras que limitasen el acceso o la movilidad en el centro.

En la misma línea creo que cabe encajar la ampliación del concepto de ajuste personal y social en Centros Especiales de Empleo previsto en el artículo 42.2 segundo párrafo de la LISMI, a una noción que incluiría el apoyo laboral (art. 42.2 segundo párrafo TRLGDPD). En este sentido, el ajuste personal y social prestado en entornos protegidos era y continúa siendo una de las razones de ser de los Centros Especiales de Empleo (art. 43 TRLGDPD). Ahora bien la LISMI atribuía a dichos servicios de ajuste un enfoque dirigido preferentemente a parcelas extralaborales –servicios terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos--, recordando quizás el carácter híbrido de los Centros, a caballo entre un centro productivo y un Servicio Social⁷⁰. El planteamiento del TRLGDPD da un salto en esta materia, al entender por servicios de ajuste personal y social “los que permitan ayudar a superar barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo”. No en vano, y para evitar malentendidos, el artículo 43.1 TRLGDPD atribuye la prestación de estos servicios a las unidades de apoyo laboral, ya desarrolladas reglamentariamente mediante el RD 469/2006, de 21 de abril. Eso sí, el Texto Refundido conserva la perspectiva extralaboral de los servicios de ajuste personal y social inclu-

⁶⁹ En este sentido, el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de tratamiento de datos de carácter personal, establece que los datos que hagan referencia a la salud, solo podrán ser recabados cuando, por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente. Realmente, no parece que el interés general justifique la inclusión obligatoria en un censo o registro de trabajadores con discapacidad, por muy importante que sea un eficaz funcionamiento de los servicios que llevan a cabo tareas de intermediación de personas con discapacidad. De este modo, dada la estrecha conexión entre salud y discapacidad y considerando que no hay un interés general insuperable en juego, lo lógico es exigir el consentimiento de los demandantes de empleo.

⁷⁰ Sobre esta cuestión vid entre otros Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. págs., 288 y 289 y Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 4 Al respecto, el artículo 42.2 segundo párrafo de la LISMI establecía que “Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador con discapacidad del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación laboral”.

yendo en esta noción a los servicios “dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva” de las personas con discapacidad. El planteamiento se me antoja razonable ya que de la redacción del viejo artículo 42.2 LISMI cabía deducir intuitivamente un mayor alcance de los ajustes, lo que se ha consolidado en el redactado del artículo 42.2 TRLGDPD.

En fin, otro tanto cabe señalar sobre algunas novedades en materia de igualdad y no discriminación en el empleo, que completan la amplia batería de medidas dirigidas a la protección del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. A título de ejemplo, destaca el nuevo artículo 35.7 TRLGDPD que tipifica como discriminatoria “toda orden de de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad”, lo que a mi juicio es evidente pero puede servir para asegurar que se sancionen conductas empresariales cuya identificación podría diluirse. También es interesante, por novedosa, la llamada al derecho a la igualdad y no discriminación en materia de afiliación sindical, patronal y a organizaciones profesionales efectuada por el nuevo artículo 35.2 TRLGDPD, precepto en el que pesa la influencia del artículo 27.1 c] de la Convención Internacional, que reconoce el deber de los Estados de “Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás”. Menos novedoso se presenta el nuevo artículo 35.6 TRLGDPD con la previsión de que “El acoso por razón de discapacidad, en los términos definidos en la letra f] del artículo 2, se considerará en todo caso acto discriminatorio”.

4.5. Novedades normativas de calado bajo la cobertura de la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar

Mucho más problemáticas se presentan algunas novedades en las que de un modo bastante evidente se ha abusado de nuevo de las posibilidades que otorga el artículo 82.5 CE en materia de armonización, aclaración o regularización. En los artículos que a continuación se destacarán no se ha procedido de un modo tan directo como en el art. 37.1 TRLGDPD, antes reseñado, sino que se han introducido sutiles modificaciones con una elevada carga de profundidad que complementan el cambio sin precedentes en el esquema del empleo de las personas con discapacidad. A grandes rasgos los “retoques” que a continuación se señalan van en la línea de consolidar al Centro Especial de Empleo como un entorno productivo en el que o todos o la mayoría de trabajadores con discapacidad, puedan estar afectados por discapacidad leve, lo que constituye un contrasentido, al potenciar la segregación de las personas con discapacidad sin ninguna necesidad objetiva ya que podrían trabajar en entornos normalizados sin requerimientos de apoyo. La segunda de las orientaciones de reforma iría en la línea de favorecer la incentivación del empleo protegido por encima del empleo ordinario, sin hacer distinciones entre Centros con ánimo de lucro

y sin ánimo de lucro.

Entrando en el detalle de la primera de las modificaciones, se ha de tener en cuenta que tradicionalmente la LISMI partía en su artículo 41 de un planteamiento según el cual “tendencialmente” los Centros Especiales de Empleo debían emplear a las personas con discapacidad que “por razón de la naturaleza o de las consecuencias de su discapacidad no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales”. Es decir, según el artículo 41 LISMI el empleo en Centros era una vía que se fundamentaba en las necesidades de los trabajadores afectados por especiales dificultades⁷¹, sin perjuicio de que dentro del mínimo exigido del 70 por 100 de plantilla integrada por personas con discapacidad (art. 42.2 LISMI y 43.2 TRLGDPD), cupiera la contratación de trabajadores con discapacidad ligera. De hecho, la Ley no prohibía la contratación de personas con discapacidad ligera o moderada y el RD 1368/1985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en Centros, admite la contratación de trabajadores con muy baja discapacidad (art. 2). En todo caso el panorama era ambiguo y la ambigüedad normativa ha tolerado la proliferación de Centros con unas plantillas integradas sistemáticamente por trabajadores de escasa o baja discapacidad. Este estado de cosas se ha confirmado mediante el artículo 43 TRLGDPD, que concentra el contenido regulador de los artículos 41 y 42 de la LISMI en materia de Centros, y que ha suprimido toda referencia al deber de estos establecimientos de emplear a trabajadores afectados por especiales dificultades. De nuevo, nos hallamos ante un cambio más que discutible en perspectiva técnica y en perspectiva de fondo. Así, a la luz del artículo 85.2 CE la supresión no era necesaria porque aquí no había contradicción alguna entre las normas armonizadas; antes al contrario. Lo que sí había de manera creciente era un divorcio entre la Ley, que sugería la necesidad de una presencia apreciable de personas con discapacidad severa en los Centros, y la realidad. Ante este panorama, el Gobierno ha utilizado la habilitación para “adaptar la Ley a la realidad”, en coherencia con la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, subrayando de nuevo que las personas con discapacidad pueden trabajar y desarrollarse profesionalmente en cualquier ámbito. Ello comporta además apuntalar una línea argumental llamativa según la cual, entre las personas con discapacidad, no cabe identificar con claridad diferencias significativas entre ellas en materia de empleabilidad lo que exigiría no abordar un

⁷¹ Así lo apuntan Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 151. Sobre la cuestión puede verse también Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo...*, ob. cit., pág. 306.

cierto reequilibrio de subvenciones en base al grado o tipo de discapacidad⁷². La reforma da la razón a este planteamiento porque la Ley ya no sugiere una cierta atención de los Centros a las personas con especiales dificultades, lo que va a comportar el mantenimiento de los mismos incentivos de base para todas las personas con discapacidad.

El cambio normativo se produce en una época en que los recursos son limitados y se ha agudizado el debate y los reproches entre sectores y subsectores de Centros Especiales de Empleo, pugna en la que el Consejo de Ministros parece haber apostado por los Centros más “productivos”⁷³. En este sentido, con la reforma se apuntala un acceso igualitario a los incentivos por parte de todos los Centros Especiales en lugar de dejar la puerta abierta a otras opciones⁷⁴. A este respecto, no debe menospreciarse que la pugna entre Centros con plantilla de escasa discapacidad y Centros con plantillas de alta discapacidad ha generado un discurso cada vez más crítico de aquéllos con los Centros que acogen a trabajadores con más alta discapacidad, con el reproche de que algunos de sus trabajadores no son productivos y deberían pasar a Centros Ocupacionales⁷⁵. El tema no es menor porque está en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades, a las que la exclusión laboral privaría de su derecho al trabajo pero también de las posibilidades de acceder a una pensión contributiva a través de su carrera profesional. A este respecto, llama la atención otra reforma, quizás no casual, introducida en el nuevo artículo 52 TRLGDPD, en materia de Centros Ocupacionales. En este sentido, la Ley aporta una novedad relativa, ya que subraya que los Centros Ocupacionales prestarán sus servicios a las personas que “habiéndolo desarrollado una actividad laboral específica (...) hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un Centro Ocupacional”. Ciertamente, cabe la posibilidad del retroceso del

⁷² Me remito a los voluntaristas esfuerzos argumentales expuestos en Backer-McKenzie: *Las políticas...*, cit. pág. 30. Ciertamente, establecer diferencias en los incentivos sin vulnerar el principio de igualdad exige ser cuidadoso, pero tiene mucho sentido ya que por ejemplo, como el mismo informe señala a partir de otra fuente, dándola por buena (pág. 8), “la probabilidad de que en la UE una persona con enfermedad mental ocupe un empleo, es un 40 % menor que en el caso de una persona con discapacidad física”.

⁷³ Sobre la espinosa cuestión del reparto de recursos a la baja en base al grado de discapacidad de los trabajadores sugiero la consulta de mis reflexiones, a partir de la realidad vivida en Cataluña, en “La estrategia global...”, ob. cit., págs. 59 y 60.

⁷⁴ Los incentivos más visibles serían la bonificación total de cuotas empresariales a la Seguridad Social (Ley 43/2006) así como la subvención del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada trabajador contratado (Orden de 16 de octubre de 1998)

⁷⁵ Al respecto es muy interesante lo señalado al respecto en el *Butlletí de la Federació Catalana de Centres Especials de Treball*, núm. 71, abril de 2014, ejemplar fotocopiado, págs. 1 a 3, en el que se señala abiertamente el debate apuntado en texto principal y la posición de dicha organización patronal proclive a un planteamiento productivo y no asistencial de los Centros.

trabajo protegido u ordinario a la actividad ocupacional pero curiosamente la LISMI no la expresaba (art. 53), aunque tampoco la prohibía.

Finalmente, otra de las reformas “sutiles” pero de notoria carga de profundidad es la introducida a través del artículo 39.2 del Texto Refundido, que grosso modo viene a recoger los aspectos esenciales del artículo 38.4 LISMI dedicado a creación de ayudas para la generación y mantenimiento del empleo. Pues bien, ambos preceptos contienen un listado no cerrado de posibles incentivos que podrán poner en marcha los poderes públicos, finalizando ambos con una cláusula de cierre. Dicha cláusula de cierre, en el caso de la LISMI establecía con carácter ejemplificativo la posibilidad de fijar una serie de ayudas que se cerraban con la posibilidad de aprobar “cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de Cooperativas”. El artículo 39.2 TRLGDPD mantiene prácticamente el mismo esquema con un pequeño matiz y es que la Ley pretende que se promueva, especialmente, la creación de cooperativas “y de otras entidades de economía social”. Formalmente, este matiz pretendidamente aclaratorio se me antoja innecesario porque una cosa es el fomento de la creación de cooperativas, como una vía específica de autoempleo, y otra muy diferente la ampliación de ese fomento reforzado a todas las entidades de economía social. En otras palabras, creo que el texto de la LISMI no generaba duda alguna de modo que, de nuevo, si el Gobierno quería ampliar el foco de las entidades cuya creación se va a potenciar especialmente, lo razonable habría sido utilizar la vía de la reforma legislativa ordinaria.

Ahora bien, más allá de las cuestiones formales relacionadas con el artículo 82 de la Constitución, y que sorprendentemente han pasado el cedazo del Consejo de Estado⁷⁶, están las cuestiones de fondo. Y aquí es donde de nuevo emerge con todo su potencial la pretensión del Gobierno de introducir profundas reformas en el marco del empleo de las personas con discapacidad haciéndolas pasar por meros retoques o aclaraciones. Así, la mención del nuevo artículo 39.2 TRLGDPD pasa por alto una cuestión de gran importancia y es que tras la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, todos los Centros Especiales de Empleo tienen la condición de entidades de economía social, aunque hayan sido creados por entidades con ánimo de lucro y con la clara intención de obtener y distribuir beneficios empresariales y

⁷⁶ En su Dictamen 1183/2013, el Consejo de Estado sostiene que “En cuanto a las ayudas para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad (artículo 39 del Proyecto), se reproduce el artículo 38.4 de la LISMI. La única diferencia es la inclusión del último inciso relativo a las “entidades de la economía social” que no se objeta por este Consejo de Estado pues se entiende que procede tras la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social”. No obstante, téngase en cuenta las consideraciones señaladas en el texto principal, especialmente al final del epígrafe.

aunque sus plantillas estén integradas, fundamental o totalmente, por personas afectadas de una escasa discapacidad. Por lo tanto, todo Centro Especial de Empleo calificado como tal tendrá la condición de entidad de economía social. De este modo, añadiendo una expresión en el artículo 39.2 TRLGDPD se refuerza la posición de todo el empleo protegido frente a otras opciones, lo que debilita todavía más al empleo en el medio ordinario de trabajo, y se pasa por alto la conveniencia de separar la paja y el grano en un contexto en el que no todos los Centros tienen el mismo planteamiento y en el que los recursos son muy escasos⁷⁷. Sin ir más lejos, el artículo 39.2 del TRLGDPD condena a la hibernación permanente al contenido del artículo 44.2 TRLGDPD que sugiere una diferencia de trato entre centros, en atención a diversas circunstancias, entre otras, la ausencia de ánimo de lucro⁷⁸.

Se ha de insistir en que el nuevo artículo 39.2 TRLGDPD no es tan novedoso en su contenido porque el artículo 8 de la Ley 5/2011 establece bases sólidas para una acción de fomento y difusión de la economía social, de la que podrán beneficiarse todos los Centros Especiales de Empleo. Ahora bien, como ya se ha señalado, la disimulada inclusión de este mensaje en el TRLGDPD puede justificar aún más el desequilibrio en perjuicio de las acciones de fomento del empleo en el medio ordinario de trabajo. Recuérdese que el Texto Refundido no hace referencia a una idea general de fomento, que reiteraría el planteamiento de la Ley 5/2011 sino que se afirma que las ayudas podrán consistir, “especialmente” en la promoción de cooperativas o de “otras entidades de economía social”. En otras palabras, los Centros Especiales de Empleo podrían consolidar plenamente y con fundamento legal su posición preeminente en materia de incentivos, de manera especial si se activan las generosas posibilidades de desarrollo reglamentario previstas en la disposición final tercera del Texto Refundido. Y debe tenerse en cuenta que no todo cambio es de recibo ya que, más allá de la flexibilidad mostrada por el TC en materia del artículo 82.5 CE, algunas resoluciones han censurado opciones que iban claramente

⁷⁷ Recuérdese que a través de esta opción se soslaya el rico debate a propósito de debe o no establecerse diferencias de incentivación en base a una serie de parámetros como el tipo de entidad titular, el perfil de las plantillas, u otros. En esta materia, cabe consultar: Esteban Legarreta, R y Pérez Pérez, J.: “Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 301 y ss. Es interesante la lectura del *Butlletí de la Federació Catalana de Centres Especials de Treball*, cit, en cuya página 3 se descalifica la diferenciación entre Centros con o sin ánimo de lucro como una argumentación oportunista. Evidentemente, la realidad permite matizar caso por caso pero desgraciadamente no creo que se trate solo de una cuestión de oportunismo. Backer&McKenzie: *Las políticas...cit.*, pág. 43 insiste en reivindicar un trato igualitario para todos los Centros.

⁷⁸ No es casual que el mantenimiento del artículo 44.2 TRLGDPD sea discutido por el informe de Backer&McKenzie: *Las políticas...*, cit., págs. 14 y ss, si bien es harto improbable que genere algún efecto en la reordenación de los incentivos, al menos a corto plazo.

más allá de los textos legales objeto de refundición, como es el caso resuelto mediante la STC 51/2004, de 13 de abril⁷⁹.

⁷⁹ En el caso enjuiciado el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña había ampliado mediante un Texto Refundido las competencias urbanísticas de los servicios territoriales autonómicos, lo que limitaba el margen de la autonomía local y, sobre todo, iba más allá de lo previsto en la legislación refundida.

LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES DEL PUESTO DE TRABAJO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad Pública de Navarra

EXTRACTO

Palabras clave: Ajustes razonables, discapacidad, discriminación, extinción del contrato, incapacidad, ineptitud, absentismo.

Por medio de este artículo se pretende realizar un estudio del contenido y límites de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad y de las consecuencias que implica en el ámbito laboral. Con este objetivo se analiza, en primer lugar, la virtualidad de la obligación de realizar ajustes razonables en la apreciación de posibles discriminaciones directas e indirectas de los trabajadores con discapacidad. Posteriormente, se trata de perfilar cuál puede ser el contenido de las medidas de ajuste y los límites justificados por su excesiva onerosidad. Por último, se analiza la regulación española en materia de suspensión del contrato por incapacidad y extinción en caso de incapacidad, ineptitud y absentismo y su posible incompatibilidad con la obligación de realizar ajustes razonables.

ABSTRACT

Key words: Reasonable adjustments, disability, discrimination, termination of contract, incapacity, incompetence, absenteeism

By means of this article intends to carry out a study of the content and limits of the obligation to make reasonable adjustments for disabled people and the consequences involved in the workplace. With this objective analyses firstly the virtuality of the obligation to make reasonable adjustments to the appreciation of possible direct and indirect discrimination of workers with disabilities. Subsequently, it's shaping what could be the content of adjustment measures and limits justified by its excessive onerous. Finally, the Spanish regulation relating to suspension of the contract he examines disability and extinction in case of inability, ineptness and absenteeism and its possible incompatibility with the obligation to make reasonable adjustments.

* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto “La adaptación del puesto de trabajo y la reubicación de los trabajadores especialmente sensibles (Der 2012-37872)”, que permitió el desarrollo de la investigación en el Centre for Disability Law and Policy de la Universidad de Galway, bajo la inestimable dirección del Prof. Gerard Quinn.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO DE AJUSTES RAZONABLES
2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN: LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD:
 - 2.1. Normativa europea
 - 2.2. Solución comparada
 - 2.3. El concepto de discapacidad en España
3. IMPLICACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL MARCO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO:
 - 3.1. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación directa:
 - 3.1.1. Antecedentes: las consecuencias de la negativa a realizar ajustes razonables en las diversas normas
 - 3.1.2. La relevancia de los ajustes razonables en el establecimiento del término de comparación en la discriminación directa
 - 3.2. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación indirecta:
 - 3.2.1. La premisa: situación de particular desventaja actual o futura
 - 3.3. La obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria autónoma
4. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES:
 - 4.1. Razonabilidad y carga excesiva
 - 4.2. Las medidas de ajuste razonable en el trabajo en el ordenamiento español:
 - 4.2.1. Régimen legal aplicable: la razonabilidad y la carga excesiva como principales parámetros
 - 4.2.2. Virtualidad de la normativa sobre modificación de las condiciones de trabajo en la realización del ajuste
 - 4.2.3. Contenido posible de las medidas de ajuste: especial referencia a la suspensión del contrato y la reubicación: La reubicación del trabajador y las medidas de acción positiva Suspensión del contrato y reserva del puesto de trabajo
5. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES:
 - 5.1. Ajustes razonables y extinción por incapacidad
 - 5.2. Ajustes razonables y despido por ineptitud
 - 5.3. Ajustes y despido por absentismo

1. INTRODUCCIÓN: LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DEL PRINCIPIO DE AJUSTES RAZONABLES

El concepto de ajuste razonable tiene su origen en los Estados Unidos, en la aprobación de la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972. Inicialmente, el término circunscribió su campo de actuación al ámbito de la libertad religiosa y obligaba al empresario a adaptar algunas condiciones de trabajo referentes a jornada y horario, con el fin de que los trabajadores pudieran ejercitar su libertad religiosa. Posteriormente, la obligación de realizar ajustes razonables se extendió a otros ámbitos y, en particular, ha encontrado un campo adecuado de actuación en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, donde se ha erigido en un instrumento esencial en pos de la consecución de la igualdad sustancial.

La American Disability Act (ADA), aprobada en el año 1990, concretó esta obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito de la discapacidad. De acuerdo con su redacción actual esta ley señala que los ajustes razonables pueden incluir la facilitación de las medidas de protección que usan el resto de los empleados a los trabajadores con discapacidad, la realización de reestructuraciones de trabajo, modificaciones de horarios, reubicaciones en vacantes, la adquisición de equipos o la adecuación de modificaciones en las pruebas o el sistema de formación (por ejemplo mediante la provisión de lectores o intérpretes)¹.

La obligación de realizar ajustes razonables no ha gozado en Europa de una tan larga tradición como en EE.UU. Desde un punto de vista normativo, la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, fue la primera norma en recogerlo expresamente. En su art. 5 contempla los ajustes razonables como una medida necesaria para garantizar la igualdad de trato; en concreto, señala que *A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.*

Las disposiciones de esta Directiva fueron transpuestas al ordenamiento español por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre que reformó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Con carácter general, más allá del ámbito específico referido al empleo, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, recoge en su art. 7 a), entre las medidas contra la discriminación, la realización de ajustes razonables.

Ambos textos normativos han sido recientemente refundidos mediante el Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto

¹ Literalmente en la Sección 12111 señala que el término ajustes razonables incluye:

(A) making existing facilities used by employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities; and

(B) job restructuring, part-time or modified work schedules, reassignment to a vacant position, acquisition or modification of equipment or devices, appropriate adjustment or modifications of examinations, training materials or policies, the provision of qualified readers or interpreters, and other similar accommodations for individuals with disabilities.

Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En su art. 2 m) define los ajustes razonables como *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.*

Posteriormente, el art. 63 señala que la no realización de un ajuste razonable supone una vulneración del principio de igualdad al igual que la discriminación directa e indirecta; en contrapartida, el art. 66 señala que el contenido de las medidas antidiscriminatorias podrá consistir en la prohibición de discriminaciones directas e indirectas y en la obligación de realizar ajustes razonables.

Completan las referencias a los ajustes razonables en el Decreto, las disposiciones específicas en materia de empleo. Al respecto, el art. 35 se limita a recoger con carácter general la prohibición de discriminación directa e indirecta. En la valoración de la discriminación indirecta entra en juego lo dispuesto en el art. 40 del Decreto, en virtud del cual *Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.* Este artículo parece recoger el concepto de ajustes razonables aplicado al ámbito laboral.

Entre el resto de países de la Unión Europea, sin duda, el Reino Unido es el que goza de una mayor tradición en la regulación de los ajustes razonables. Ya en el año 1995, la *Disability Discrimination Act*, recientemente integrada junto con otras normas antidiscriminatorias en la *Equality Act* (2010), recogía el concepto de ajustes razonables. La configuración de esta obligación de realizar ajustes razonables y sus consecuencias en el Reino Unido, presentan algunas particularidades que la apartan, tal y como se verá, de la regulación que el derecho social europeo ha llevado a cabo².

El último hito trascendental en la regulación de los ajustes razonables lo marca la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de mayo de 2008. El arti-

² Lawson, A.: *Disability and equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

culo 2 de esta Convención señala que se considerará discriminación por razón de discapacidad la no realización de los ajustes razonables; asimismo, define ajustes razonables como las *adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*. Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Esta Convención de las Naciones Unidas fue ratificada por la Unión Europea en el año 2011, por lo tanto, ha de ser tenida en cuenta a la hora de interpretar la normativa comunitaria, lo cual, como se verá, puede conllevar importantes consecuencias en la delimitación del concepto de persona con discapacidad.

Dos son las principales cuestiones que tradicionalmente ha suscitado la configuración de la obligación de realizar ajustes razonables y que se han visto acrecentadas como consecuencia de la existencia de diversas normativas reguladoras. Por un lado, se han planteado dudas respecto del concepto mismo de ajuste razonable, esto es, se plantea cuándo ha de entenderse que una determinada medida para adaptar el puesto de trabajo a la persona con discapacidad ha de reputarse como ajustada y razonable y qué posibilidades tiene el empresario para negar una eventual negativa a su adopción. En segundo lugar, se ha planteado cuáles son las consecuencias de la negativa a la realización de ajustes razonables, la respuesta a esta cuestión no ha sido uniforme en las diferentes normas de referencia. Como se verá a continuación mientras en los Estados Unidos la negativa a la realización de ajustes razonables constituye en sí misma una causa de discriminación, en el Derecho de la Unión Europea solo parece tener relevancia como factor para calificar una discriminación como directa o indirecta.

2. ÁMBITO SUBJETIVO: LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD

Uno de los conceptos más difíciles de aprehender es sin duda el de discapacidad. El concepto se encuentra sometido a la propia evolución de la sociedad, y a las diferentes maneras de acercarse a la discapacidad. Esta movilidad

del concepto se observa claramente cuando desde una perspectiva histórica se constata cómo se ha evolucionado desde un modelo médico a un modelo social de discapacidad³. El modelo médico entiende la discapacidad como un déficit del individuo que limita el desarrollo de una vida normal y centra su objetivo en tratar de corregir ese déficit mediante la prevención y rehabilitación de la discapacidad. Frente al modelo médico, se sitúa el modelo social, fruto de un movimiento reivindicativo liderado por algunos grupos de personas con discapacidad. La esencia del modelo social radica en ver la discapacidad no como un problema del individuo, sino como una consecuencia de un entorno físico y social que no ha tenido en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad. Su objetivo, por tanto, se centra en eliminar esas barreras y obstáculos que impiden una participación plena de las personas con discapacidad.

Una de las consecuencias de esta evolución del concepto ha sido su ensanchamiento. Se ha tomado conciencia de la variedad de situaciones susceptibles de ser consideradas como discapacidad. Todo ello tiene como consecuencia una mayor dificultad en la acotación del concepto, en el establecimiento de una frontera clara entre persona con discapacidad y persona plenamente capaz.

Esta evolución se observa claramente en las diversas redacciones de la Clasificación Internacional de la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía, elaborada por la OMS. En su versión de 1980, esta Clasificación pivotaba en torno a los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía; estos conceptos han sido sustituidos en la nueva clasificación por los de funciones y estructurales corporales y actividades-participación⁴. Se pretende con ello no centrar el foco de atención en la enfermedad y sus consecuencias, sino adoptar una perspectiva más amplia que tenga en cuenta todos los componentes de salud, tanto los relacionados con factores corporales, como los ambientales o sociales.

El objetivo perseguido por la clasificación elaborada por la OMS es emplear un lenguaje universal y estandarizado para describir la salud y los estados relacionados con ella. A pesar de este pretendido deseo de uniformidad, la traslación de este concepto de discapacidad en las diversas normas ha sido heterogénea. Las diversas legislaciones nacionales e internacionales han incorporado matices que hacen que el concepto de discapacidad sea variable y se sitúe en algunas ocasiones a medio camino entre el modelo médico y el social

³ De Asís, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 16 y ss; De Lorenzo, R. y Palacios, A.: "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional", en AA. VV. (Laorden, J.): *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I Aspectos jurídicos*, CGPJ, Madrid, 2007, págs. 5 y ss; Palacios, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

⁴ OMS: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la salud, pág. 3

2.1. Normativa europea

El legislador comunitario ha sido consciente de esta volatilidad del concepto de discapacidad y en la Directiva 2000/78 renunció a proporcionar una definición del mismo. Esta renuncia del legislador europeo a una definición uniforme del concepto no ha impedido que el tribunal entienda que el concepto discapacidad debía ser objeto de una interpretación uniforme para todos los países miembros. Así lo señaló el Tribunal en la sentencia de 11 de junio de 2006, asunto C- 13/05 (Chacón Navas), en la que se planteaba si la enfermedad podía equipararse a discapacidad. En una sentencia un tanto simplista, el Tribunal se limitó a señalar que no cabía equiparar automáticamente los conceptos de enfermedad y discapacidad.

La falta de precisión del legislador y del propio Tribunal abría numerosos interrogantes sobre el concepto discapacidad que pronto se concretaron en el planteamiento de una nueva cuestión ante el Tribunal, que resolvió en la Sentencia de 11 de abril de 2013, asuntos 335/11 y 337/11 (HK Danmark). La cuestión tenía su origen en el despido de una trabajadora que sufría dolores crónicos de espalda debidos a una osteoartritis. Nuevamente el Tribunal debía fijar las fronteras que separaban la enfermedad de la discapacidad. El Tribunal nacional planteaba una serie de cuestiones sobre el origen y duración de una dolencia para que pueda considerarse discapacidad. Se planteaba en concreto si una enfermedad incurable o una enfermedad temporal podían ser consideradas como discapacidad.

El Tribunal tuvo que partir de un hito trascendental, la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se había producido tras la sentencia Chacón Navas, en el año 2011. Esta Convención contiene una definición en su art. 1 que ha de ser tenida en cuenta en la interpretación del derecho de la Unión. Según esta definición las personas con discapacidad *incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Se apuesta en la Convención por una definición amplia que en una primera aproximación podía chocar con la mantenida por el Tribunal de Justicia en el asunto Chacón. No obstante, el Tribunal se apresuró a recordar su pronunciamiento anterior en la sentencia Chacón Navas y a matizar que en dicha sentencia se había limitado a señalar que no cabe equiparar automáticamente enfermedad y discapacidad.

La cuestión es, por tanto, qué requisitos ha de reunir una enfermedad para ser considerada discapacidad. Con relación a la duración de la enfermedad, el Tribunal recuerda que la Convención exige que sea de larga duración, lo cual

implica que tengan cabida en la definición de discapacidad las enfermedades incurables, pero también las enfermedades curables que tengan una duración previsiblemente larga.

Pero más allá de estas precisiones sobre la relación entre enfermedad y discapacidad, el Tribunal aclara que no es determinante para considerar una dolencia como discapacidad que tenga su origen en una enfermedad, sino que lo esencial es que se trate de una limitación derivada de dolencias físicas o mentales y que suponga un obstáculo para la participación en la vida profesional.

2.2. Solución comparada

La falta de una definición en la Directiva 2000/78 de discapacidad ha propiciado la proliferación de definiciones con matices diferentes en cada estado miembro⁵. Ha habido países que al igual que el Tribunal de Justicia, exigen la concurrencia de tres elementos para considerar que se está ante una discapacidad. Exigen, en primer lugar, que exista una deficiencia entendida como una restricción o limitación, en segundo lugar que dicha deficiencia impida la participación plena en el empleo o en general en la vida diaria y, por último, que se prevea que pueda tener una larga duración.

En otros países, se ha optado por no recoger una definición general de discapacidad y remitirse a las definiciones recogidas en la normativa específica sobre protección social. Estas remisiones corren el riesgo de contradecir lo dispuesto en la Directiva, ya que se remiten a definiciones recogidas en normas que tienen como finalidad garantizar la protección social, recogen un concepto estricto de discapacidad.

Ha habido, por último, países que recogen dos definiciones diferentes de discapacidad. Una definición general que garantiza para las personas incluidas en su ámbito la prohibición de discriminación y otra más estricta que asegura la realización de ajustes razonables⁶.

Fuera del ámbito europeo, en un país como EE. UU., con una larga tradición en la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación, la ADA define discapacidad como la deficiencia mental o física que limita sustancialmente la participación del individuo en las principales actividades

⁵ Waddington, L. y Lawson, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union...*, op. cit, págs. 19 y ss.

⁶ Así ha ocurrido en Francia y en Alemania. Vid. respecto Francia: Kessler, F.: “¿Tendrá incidencia en el Derecho del Trabajo francés la nueva definición de discapacidad del derecho comunitario?”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, 11, 2007, págs. 377 y ss.

de la vida⁷. También aquí se exigen tres requisitos para considerar la existencia de una discapacidad: la existencia de una deficiencia, que limite el desarrollo de las principales actividades y que suponga una limitación sustancial⁸. Los problemas se presentan, a la hora de concretar el significado que ha de darse a conceptos tan indeterminados. En un esfuerzo por dar pautas que sirvan en la práctica para dar respuestas a las dudas que la variada casuística puede plantear, la propia normativa trata de aclarar tales conceptos. Con este objetivo, a la definición general de discapacidad le acompañan otras definiciones sobre qué ha de entenderse por actividades de la vida diaria y sobre funciones del cuerpo. De especial importancia son las orientaciones sobre cómo ha de interpretarse en la práctica el concepto de discapacidad. Con carácter general aclara que ha de realizarse una interpretación amplia de discapacidad. En cuanto al término limitación sustancial, señala que ha de interpretarse de forma acorde con los propósitos de la normativa y apunta que puede ser suficiente con la limitación de una actividad principal de la vida diaria. Asimismo aclara que también tienen la consideración de discapacidad una deficiencia episódica o que está remitiendo si cuando esta activa puede provocar una limitación sustancial. Por último, señala que la valoración de la discapacidad habrá de realizarse sin tener en cuenta los efectos correctores que puedan tener el uso de equipos de apoyo, de medicación, prótesis, etc., únicamente se excluye de estas medidas las gafas y las lentes de contacto cuyos efectos correctores sí que habrán de ser tenidos en cuenta antes de valorar la discapacidad.

Pero sin duda es en el caso del Reino Unido, otro país con una cierta tradición en la protección de la discapacidad, donde con mayor esfuerzo y de forma más acabada se ha acometido la tarea de concretar la definición sobre discapacidad recogida en la normativa de referencia (la *Equal Employment Act*) con una guía explicativa que trata de ofrecer pautas para ayudar a definir los elementos esenciales en torno a los cuales gira la definición de discapacidad. En el caso inglés la definición de discapacidad descansa en cuatro conceptos, por un lado exige la existencia de una deficiencia física o mental, que produzca limitaciones en las actividades de la vida diaria, que sean sustanciales y de

⁷ (A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities of such individual;

(B) a record of such an impairment; or

(C) being regarded as having such an impairment (as described in paragraph (3)).

⁸ Núñez González, C.: “La discriminación por razón de minusvalía en el ordenamiento jurídico-laboral estadounidense”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio, 1995; págs. 139 y ss.

carácter duradero⁹. La guía explicativa aclara que por limitación sustancial ha de entenderse algo más que trivial, y pone como ejemplo una limitación que suponga que vestirse cuesta más tiempo. Igualmente se define larga duración como una limitación que tiene efectos negativos durante doce meses.

2.3. El concepto de discapacidad en España

En nuestro país, hasta la reciente aprobación del Decreto Legislativo, la aproximación al concepto de discapacidad se ha acometido de forma fragmentada, dependiendo de la específica finalidad de cada norma.

Una de las primeras normas en afrontar esta cuestión fue la citada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), su objetivo principal era facilitar la rehabilitación del minusválido y su integración en todos los ámbitos de la vida. Con este fin, preveía una serie de medidas para facilitar el acceso de los minusválidos a la educación y su participación en la vida laboral; no obstante, en su definición de minusválido partía de un enfoque eminentemente médico, así su art 7 señalaba que: *se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*. El apartado 2 concretaba esta definición general señalando que: *El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores*.

Con posterioridad a la LISMI, se aprobó la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de

⁹ (1)A person (P) has a disability if—

(a)P has a physical or mental impairment, and

(b)the impairment has a substantial and long-term adverse effect on P's ability to carry out normal day-to-day activities.

(2)A reference to a disabled person is a reference to a person who has a disability.

(3)In relation to the protected characteristic of disability—

(a)a reference to a person who has a particular protected characteristic is a reference to a person who has a particular disability;

(b)a reference to persons who share a protected characteristic is a reference to persons who have the same disability.

(4)This Act (except Part 12 and section 190) applies in relation to a person who has had a disability as it applies in relation to a person who has the disability; accordingly (except in that Part and that section)—

(a)a reference (however expressed) to a person who has a disability includes a reference to a person who has had the disability, and

(b)a reference (however expressed) to a person who does not have a disability includes a reference to a person who has not had the disability.

las personas con discapacidad. Esta ley era una norma de derecho antidiscriminatorio, tenía un enfoque más general que el recogido en la LISMI, y perseguía fundamentalmente prohibir las conductas discriminatorias. No obstante, en su redacción original no recogió una definición general de discapacidad, sino que al igual que la LISMI se remitió al reconocimiento del grado de minusvalía reconocido según baremo. Así su art. 1 señalaba que *A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. Y aclaraba que automáticamente se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

En la actualidad, el mencionado Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, recoge en su art. 4 una definición genérica, en virtud de la cual se consideran *personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.*

Esta definición general se completa, como habían hecho las normas anteriores, con un reconocimiento automático de la condición de discapacitado a las personas que tengan reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento y a los a los trabajadores que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente.

A la luz de esta regulación, cabe defender la vigencia en nuestro ordenamiento de un concepto amplio de discapacidad, recogido en el apartado 4.1, que extendería la protección del Texto Refundido en materia discriminatoria a todas las personas con algún tipo de limitación que les impida su participación en la vida social. El debate, al igual que en el resto de países europeos, se centra en saber cuándo una deficiencia supone una limitación a la participación en la vida social y, en particular, si determinadas situaciones de enfermedad pueden equipararse a la discapacidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia 62/2008, de 26 de mayo, se limitó a señalar que con carácter general la enfermedad no es equiparable a discapacidad; entendió el Tribunal que solo cuando por las particulares características de la enfermedad exista un elemento de segregación cabrá entender que ha existido discriminación. Esta primera aproximación de nuestro Tribunal quizás deba ser revisada a la luz de la doctrina sentada por el TJUE,

que ha extendido el concepto de discapacidad a situaciones de enfermedades crónicas que supongan limitaciones en la vida diaria. Esta interpretación permitirá ampliar la tutela antidiscriminatoria a un buen número de trabajadores que de otro modo sufrirían las drásticas consecuencias que en materia de extinción permite nuestro ordenamiento¹⁰.

3. IMPLICACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES EN EL MARCO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

3.1. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación directa

3.1.1. Antecedentes: las consecuencias de la negativa a realizar ajustes razonables en las diversas normas

Una de las cuestiones más debatidas en el momento de aprobación de la Directiva 200/78 fue si la negativa a la realización de ajustes razonables había de contemplarse como conducta discriminatoria. Durante los trabajos de preparación de la Directiva se discutió expresamente sobre la conveniencia de contemplar la negativa a realizar un ajuste como una forma de discriminación, aunque finalmente, por motivos de técnica legislativa se acabó desechando tal opción¹¹. El art. 5 contempla separadamente de las definiciones de discriminación directa e indirecta, la obligación de realizar ajustes razonables. Únicamente se relaciona expresamente la realización de ajustes razonables con la discriminación indirecta. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2. b de la Directiva una medida aparentemente neutra que ocasione una desventaja a una persona por razón, entre otras causas, de su discapacidad constituirá discriminación indirecta salvo que se justifique su legitimidad y salvo que se deban adoptar medidas de ajuste razonable. La Directiva, por tanto, ha limitado la

¹⁰ Vid. al respecto: Carrizosa Prieto, E.: “La enfermedad del trabajador como causa de discriminación prohibida en el ámbito laboral”, Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014; Moreno Gené, J.: “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo” Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014.

¹¹ Quinn, G. y Flynn, E.: “Evolutions in antidiscrimination Law in Europe and North America: Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability”, *The American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, pág. 11.

virtualidad de la obligación de realizar ajustes razonables a la apreciación de la discriminación indirecta¹².

En parecidos términos la regulación española define por un lado la obligación de realizar ajustes razonables y, posteriormente, define los conceptos de discriminación directa e indirecta. Al referirse específicamente a la discriminación en el ámbito del empleo, vuelve a precisar los conceptos de discriminación directa e indirecta y vincula la realización de ajuste razonable al descubrimiento de una posible discriminación indirecta.

El mismo debate mantenido durante los trabajos de elaboración de la Directiva Europea se reprodujo durante la preparación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque finalmente en este caso se contempló expresamente que la no adopción de medidas de ajuste razonable constituye una discriminación. En su art. 3 señala que por discriminación por motivos de discapacidad *se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.*

En otros países como Estados Unidos la regulación es similar a la de la Convención. La ADA en su sección 12112 aclara que la discriminación por razón de discapacidad incluye la no realización de ajustes razonables¹³.

En el Reino Unido, aun a riesgo de contradecir la normativa europea, la realización de ajustes razonables adquiere entidad propia y se contempla como una categoría diferente de la de discriminación directa e indirecta. De acuerdo con lo dispuesto en la sección 21 de la Equality Act 2010, la negativa a realizar

¹² Quin, G. y Flynn, E., op. ult. Cit., págs 12 y 13; EU Network of Independent Experts on Disability Discrimination: *Baseline Study Disability Discrimination Law in the EU Member States*, Nov. 2004, págs. 12 y ss.

¹³ Literalmente señala en su apartado b):

As used in subsection (a) of this section, the term “discriminate against a qualified individual on the basis of disability” includes

(A) not making reasonable accommodations to the known physical or mental limitations of an otherwise qualified individual with a disability who is an applicant or employee, unless such covered entity can demonstrate that the accommodation would impose an undue hardship on the operation of the business of such covered entity; or

(B) denying employment opportunities to a job applicant or employee who is an otherwise qualified individual with a disability, if such denial is based on the need of such covered entity to make reasonable accommodation to the physical or mental impairments of the employee or applicant.

Disponible en: <http://www.ada.gov/pubs/adastatute08.htm>

un ajuste razonable constituye discriminación¹⁴. el principio de ajustes razonables no adquiere relevancia, por tanto, como elemento para identificar una discriminación, sino que tiene trascendencia en sí mismo.

La cuestión que surge es si a la luz de la normativa europea, para reclamar por la no realización de un ajuste razonable, es necesario reconducir la conducta a las categorías tradicionales de discriminación directa o indirecta o si, por el contrario, el rechazo al ajuste puede constituir en sí mismo una medida discriminatoria. Es decir, se plantea si de acuerdo con el Derecho social europeo y español, el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables solo tiene relevancia en el ámbito de la discriminación directa e indirecta y, en su caso, si este juego de la obligación de realizar ajuste razonable como parte del juicio de discriminación es suficiente para enjuiciar todas las posibles conductas que supongan un rechazo injustificado a la realización de ajustes razonables. Como se verá a continuación, las definiciones de discriminación directa e indirecta recogidas en la Directiva permiten que la realización de ajustes razonables juegue un papel preponderante en la apreciación de situaciones de discriminación directa e indirecta. La cuestión es si en la práctica se pueden presentar situaciones en las que no sea posible reconducir la negativa a la realización de ajustes razonables a las tradicionales categorías de discriminación, y sea, por tanto, conveniente darle autonomía propia al rechazo a la realización de ajustes y considerarlo en sí mismo discriminatorio.

3.2.2. La relevancia de los ajustes razonables en el establecimiento del término de comparación en la discriminación directa

El art. 35.3 del Decreto Legislativo 1/2013, siguiendo lo establecido por la Directiva Europea, entiende que existe discriminación *cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad*.

Ninguna referencia se hace a la obligación de realizar ajustes razonables. Una interpretación estricta, ajustada a la literalidad del precepto, podría llevar a la conclusión de que la obligación de realizar ajustes razonables no tiene relevancia alguna en la apreciación de una discriminación directa; de tal manera que la posibilidad de realizar ajustes razonables no debería ser tomada en consideración a la hora de identificar una situación de discriminación directa. En el ámbito concreto de la discapacidad, esta interpretación estricta implicaría que para valorar si una persona con discapacidad está en una situación comparable respecto de otra sin discapacidad, no se tendría en cuenta el efecto que los

¹⁴ Textualmente, el apartado 2 de la sección 21 advierte:

(2)A discriminates against a disabled person if A fails to comply with that duty in relation to that person

Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>

ajustes razonables pueden tener en la situación de la persona con discapacidad. Esta es la interpretación que parece derivarse de la regulación contenida en el Reino Unido¹⁵.

En el fondo de esta interpretación sobrevuelan las distintas aproximaciones al concepto de discriminación directa y la opción que se tome en la determinación del elemento de comparación. En una interpretación estricta, la apreciación de la discriminación directa requiere comparar dos situaciones idénticas y demostrar que la diferencia de trato tiene su origen en alguna de las causas de discriminación prohibidas. De acuerdo con ello, en el caso de una persona con discapacidad, sería necesario comparar su situación con la de otra que no tiene esa discapacidad y que tiene las mismas condiciones y habilidades que la persona discapacitada. Se trata de encontrar como término de comparación a alguien que, salvo la concreta discapacidad, se encuentra en situación idéntica¹⁶. Además, en la comparación entre las dos personas no se tendrían en cuenta los efectos favorables que para la posición de la persona discapacitada tendría la adopción de medidas de ajuste razonable. De acuerdo con esta interpretación, la discriminación directa se reserva para aquellos supuestos en los que la discapacidad y no otras circunstancias relacionadas con las habilidades de la persona discapacitada, es la única causa de la diferencia de trato. La discriminación directa, así entendida, persigue como único fin asegurar la igualdad formal, por eso, también en la normativa anglosajona la discriminación directa no admite justificación alguna, se compensa así la rigidez con la que se interpreta el concepto de discriminación directa¹⁷.

No parece, sin embargo, que ésta sea la interpretación más acorde con la finalidad perseguida por la Directiva Europea. La propia exposición de motivos de la Directiva, aunque sin referirse expresamente a la discriminación directa, parece reconocer la existencia de una relación entre el principio de ajuste razonable y la discriminación por razón de discapacidad cuando señala que *La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad*.

Por otro lado, en un supuesto con características similares como es el de

¹⁵ Vid.: Lawson, A.: *Disability and equality...*, op. cit., págs. 154 y 155; Waddington, L y Hendriks, A.: "The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination", *The International Journal of Comparative and Industrial Relations*, Winter, 2002, págs. 424 y ss. No obstante, hay autores también en este país que abogan por otra interpretación: Mc Colgan, A.: "Cracking the Comparator Problem: Discrimination, "Equal" Treatment and the Role of Comparisons", *European Human Rights Law Review*, 2006, pág. 250 y ss.

¹⁶ Lawson, A.: *Disability and equality...*, op. cit., pág. 149, *Employment Equality Law*, págs. 340 y 341.

¹⁷ *Ibidem*, págs. 153 y 154.

la discriminación por razón de sexo, el TJUE ha flexibilizado la interpretación del concepto de discriminación directa y ha entendido que un tratamiento diferente motivado por el embarazo constituye, en todo caso, una discriminación directa por razón de sexo. Y en el ámbito específico de la discapacidad también parece inclinarse por esta postura al señalar en su sentencia de 11 de abril de 2013 (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) que: *La prohibición de discriminación por motivos de discapacidad recogida en los artículos 2, apartado 1 y 3 de la Directiva se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible*

En definitiva, la adopción, como elemento de comparación, de la situación de una persona sin tener en cuenta las consecuencias de la realización de ajustes razonables, supone colocar a esa persona en una desigualdad de partida, ya que se están tomando en cuenta sus peores condiciones físicas o psíquicas. En estos casos la discriminación directa no acontece por tratar de forma desigual dos situaciones idénticas, sino precisamente por impedir la real valoración de las aptitudes de una persona con discapacidad¹⁸. Piénsese qué ocurriría si durante la realización de un test de selección no se le permitiera a una persona hipermétrope utilizar sus gafas de graduación, se le estaría impidiendo demostrar sus aptitudes en condiciones de igualdad con la persona que no tiene problemas de visión. Lo mismo ocurre cuando en la valoración de la persona con discapacidad no se tienen en cuenta las mayores posibilidades de actuación que tiene si se realizan los necesarios ajustes. En el fondo de esta posición subyace todavía un modelo médico de discapacidad que ve en las limitaciones de la persona con discapacidad una cuestión de carácter individual y no social.

3.3. La relación entre los ajustes razonables y la discriminación indirecta

En el caso de la discriminación indirecta, el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78 ha contemplado expresamente el papel que puede desempeñar la realización de ajustes razonables en su identificación. De acuerdo con la definición

¹⁸ Barberá, M.: “Le discriminazione basate sulla disabilità”, AA.VV. (Barberá, M.): *Il nuovo Diritto Antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milán, 2007, págs. 103 y 104. En general el término de comparación resulta cada vez menos importante, e incluso en el Derecho Social Europeo cabe la comparación con elementos hipotéticos: Barberá, M.: “Introduzione. Il nuovo Diritto Antidiscriminatorio: innovazione e continuità”, en AA.VV. (Barberá, M.): *Il Nuovo...*, op. cit., págs. XXXII y XXXIII. En contra: Waddington, L y Hendriks, A.: “The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From direct and Indirect Discrimination to...”, op. cit., págs. 423 y ss. IZZI, C.: “Discriminazione senza comparazione?. Appunti sulle Direttive Comunitarie di seconda generazione”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 99/100, 2003, págs. 423 y ss.

de la Directiva, la apreciación de la discriminación indirecta requiere la existencia de una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pero que ocasionan una desventaja particular a personas con discapacidad. La Directiva contempla la posibilidad de justificar dicha discriminación porque exista una finalidad legítima, no obstante, en la apreciación de dicha finalidad legítima habrá de tenerse en cuenta que los medios sean adecuados y necesarios y que el empresario tenga obligación de realizar ajustes razonables.

3.3.1. La premisa: situación de particular desventaja actual o futura

Como es sabido, el concepto de discriminación indirecta es uno de los más efectivos para garantizar la igualdad sustancial, con su prohibición se pretende poner fin a aquellas exigencias que perjudican desproporcionadamente a alguno de los colectivos tradicionalmente discriminados. A través de la prohibición de este tipo de discriminación se pretenden remover prácticas asentadas en la vida diaria que sin intención alguna provocan efectos discriminatorios para algunos colectivos¹⁹.

Desde su definición en la doctrina de los Tribunales americanos, el concepto de discriminación indirecta ha ido evolucionando y relajando algunos de sus requisitos. La definición contenida en la Directiva europea constituye un buen exponente de esta flexibilización, que persigue facilitar la prueba de la discriminación.

Uno de los aspectos que más dificultades entrañaba para la prueba de la discriminación indirecta era el referido a la prueba estadística de los efectos desproporcionados. De acuerdo con la nueva Directiva ya no parece necesaria la prueba numérica de que la medida afecta a un número sustancial de personas pertenecientes a un grupo, basta la prueba de que se ha provocado o se puede provocar una desventaja particular a personas con una discapacidad²⁰. Por otro lado, el comparador se establecía tradicionalmente por referencia al grupo opuesto, por ejemplo, en el ámbito de la discriminación por razón de sexo se comparaba el impacto de una medida en las mujeres estableciendo como comparador su impacto en los hombres; en el ámbito de la discapacidad, la Directiva no ha precisado si la comparación debe realizarse respecto de personas sin discapacidad o cabe también establecer comparaciones entre personas con diferentes tipos de discapacidad (física o mental, por ejemplo)²¹. Además, en

¹⁹ Valdés Dal Ré, F.: “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación” en AA.VV. (dir.: Valdés Dal Ré, F. y Quintanilla Navarro, B.): *Igualdad de género y relaciones laborales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, págs. 19 y ss.

²⁰ Fredman, D.: “Equality: A New Generation?”, *Industrial Law Journal*, núm. 2, Junio, 2001, págs. 161 y 162.

²¹ Barberá, M.: “Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 99/100, 2003, págs. 411 y ss. Waddington, L y Hendriks, A.: “The expanding concept of...”, op. cit., pág. 425.

esta línea de flexibilización, la Directiva ha señalado que la desventaja puede ser actual o futura, es decir, bastaría la prueba de que la medida teóricamente discriminatoria puede en un futuro colocar a las personas con discapacidad en situación de desventaja. Por último, la Directiva habla de una situación de desventaja particular, no es necesario, por tanto, que la medida haga imposible para la persona con discapacidad cumplir los requisitos requeridos, sino que basta con que la coloque en una situación de desventaja.

Como puede observarse, esta definición de la discriminación indirecta desborda los contornos tradicionales del concepto²². La principal consecuencia es que ya no será necesario probar que la medida aparentemente neutra perjudica a las personas que pertenecen a un determinado grupo, sino que basta con probar que dicha medida aparentemente neutra tiene un impacto negativo sobre una determinada persona por alguna de las causas prohibidas de discriminación. Esta flexibilización del concepto de discriminación indirecta diluye las fronteras tradicionales entre discriminación directa e indirecta²³. Piénsese en el supuesto de que se exija un determinado requisito profesional para acceder a un puesto de trabajo, habría discriminación directa cuando un trabajador discapacitado no es contratado debido a que no reúne dicho requisito porque no se han realizado los ajustes razonables, pero también podría abordarse como un caso de discriminación indirecta; desde este punto de vista, sería necesario probar que la exigencia de tal requisito tiene un efecto desproporcionado para los trabajadores con discapacidad y que no se puede justificar.

En suma, por tanto, la Directiva ha facilitado la prueba de que una medida constituye una discriminación indirecta. No obstante, la propia Directiva contempla una doble excepción, y señala que una disposición constituirá discriminación indirecta salvo que: *pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*. Y añade una segunda excepción en los siguientes términos: *respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto*

²² Así, Barberá, M.: “Eguaglianza e differenza...”, op. cit., págs. 411 y 412. Entienden, por el contrario, que simplemente se ha flexibilizado la prueba de la discriminación: Izzi, D.: “Discriminazione senza comparazione?...”, op. cit., pág. 423 y ss. Skidmore, P.: “EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination Policy?”, *International Law Journal*, vol. 30, 2001, págs. 126 y ss. Considera que todavía es necesaria la referencia al grupo: Ballester Pastor, M. A.: “Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)” en AA.VV. (dir.: Salinas Molina, F. y Moliner Tamborero, G.): *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, 2005, págs. 322 y 323.

²³ Barnard, C. y Hepple, B.: “Substantive Equality” *The Cambridge Law Journal*, vol. 59, 2000, pág. 568.

en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

Por tanto, la Directiva permite justificar este tipo de discriminación cuando se pruebe que la medida persigue una finalidad legítima y que los medios para conseguirla son adecuados y necesarios. Pero, nuevamente, en el ámbito de la discapacidad, la Directiva da un paso más y señala que la medida discriminatoria no se justificará, incluso cuando persiga un fin legítimo, si el empresario está obligado a adoptar una medida de ajuste razonable que neutralizara los efectos discriminatorios de la medida en cuestión.

Es una novedad que una norma discriminatoria contemple la obligación de realizar ajustes razonables como una excepción a la justificación de una posible discriminación indirecta. En otros ordenamientos no se ha previsto así, por ejemplo la ADA americana o la DDA británica no contienen referencia alguna al papel que la obligación de realizar ajustes razonables puede jugar en la justificación de la discriminación indirecta. Quizás por esa falta de referencia expresa algunos autores han advertido que detrás de buena parte de las medidas tradicionalmente calificadas como discriminación indirecta se encuentra el rechazo del empresario a realizar ajustes razonables.²⁴

En el caso del derecho europeo la Directiva ha despejado las posibles dudas y ha señalado expresamente que la obligación de realizar ajustes razonables impide justificar una medida constitutiva de discriminación indirecta. Esta referencia expresa al ajuste razonable hubiera facilitado la prueba de la discriminación en casos como el *Office of the Civil Service and Local Appointments Commissioners v Gorry*, planteado ante el Tribunal Laboral de Irlanda (Labour Court) en un momento en el que todavía no estaba vigente la Directiva. En este supuesto se debatía sobre el carácter discriminatorio de la exigencia de que los aspirantes a un empleo estuvieran en posesión de un título de inglés. El demandante que era disléxico consideró que suponía una discriminación indirecta ya que la mayoría de las personas con dicha enfermedad no estaban en condiciones de pasar ese test. El Tribunal entendió que dicho requerimiento estaba justificado, pero no se detuvo a analizar la posibilidad de exigir ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan acceder a la realización de dichos tests²⁵.

La definición de discriminación indirecta de la Directiva ha planteado una última cuestión sobre la relación de prioridad que puede establecerse entre

²⁴ Vid.: Jolls, C.: "Antidiscrimination and accommodation", *Harvard Law Review*, núm. 115, 2001-2002, págs. 651 y ss; Stein, M.: "Same struggle, different difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2004, págs. 586 y ss.

²⁵ Bolguer, M., Bruton, C., Kimber, C.: *Employment Equality Law*, Round Hall Publication, Dublín, 2012, págs. 345 y ss

la prueba de la discriminación y el ajuste. Se ha planteado si la obligación de realizar ajustes razonables desplaza la necesidad de que la medida discriminatoria esté justificada²⁶. Es decir, si ante una medida constitutiva de discriminación indirecta basta con realizar el ajuste razonable para salvar su legalidad. No parece que esta interpretación sea la más adecuada atendiendo a la literalidad y a los objetivos perseguidos con la prohibición de discriminación indirecta. A pesar de que la Directiva ha optado por una definición de discriminación indirecta que atiende a la incidencia en cada persona, no puede olvidarse que con la prohibición de discriminación indirecta se persigue la eliminación de las situaciones de desventaja que puede provocar una determinada medida en un grupo; si se permitiera la vigencia de la medida con la condición de que se haga un ajuste razonable de carácter individual, se eliminaría el impacto discriminatorio de dicha medida para un individuo pero continuarían los efectos perjudiciales para otros sujetos.

3.4. La obligación de realizar ajustes razonables como medida antidiscriminatoria autónoma

Los amplios términos en los que la Directiva ha formulado los conceptos de discriminación directa e indirecta facilitan que la negativa al ajuste se equipare a la discriminación.

No obstante, en la práctica resulta más fácil probar que la negativa a la realización del ajuste no tiene justificación que probar el impacto discriminatorio de una medida y su corrección mediante la realización de ajustes razonables. Por otro lado, cabe plantearse si se pueden presentar situaciones en las que no sea fácil reconducir la negativa a realizar el ajuste razonable a las categorías tradicionales de discriminación directa o indirecta.

En el ámbito interno, tampoco queda claro cuáles son las consecuencias de la negativa a realizar ajustes. Al respecto el art. 66 del Texto Refundido señala que las medidas contra la discriminación podrán consistir en la prohibición de conductas discriminatorias y en la exigencia de realizar ajustes razonables; por lo tanto, la realización de ajustes es una medida antidiscriminatoria luego, en principio, su no realización será constitutiva de discriminación. Hubiera sido deseable, no obstante, que se hubiera aprovechado la elaboración del Texto Refundido para considerar discriminatoria la negativa a realizar ajustes.

La integración de este aparente vacío se ha producido en buena medida gracias a la ratificación por Europa del Convenio Europeo de los derechos de las personas con discapacidad. En lo referido a los ajustes razonables, como

²⁶ Whittle, R.: "The Framework directive for equal treatment in employment", *European Law Review*, núm. 27, 2002, págs. 310 y 311. BARBERÁ, M.: "Le discriminazioni...", op. cit., pág. 99.

se ha visto, el Convenio prevé expresamente que el rechazo a su realización constituye una forma de discriminación.

Más allá aún, cabe plantearse si el ajuste razonable tiene virtualidad fuera del ámbito del derecho antidiscriminatorio y no es solo una técnica para evitar conductas discriminatorias, sino que puede ser entendido como parte del contenido esencial de ciertos derechos en la medida en que ayuda a garantizarlos²⁷. Tal y como se viene observando, en nuestro ordenamiento la técnica del ajuste razonable solo se ha reconocido expresamente para las personas con discapacidad pero sus orígenes se relacionan también con la necesidad de garantizar el ejercicio de la libertad religiosa a colectivos minoritarios y no cabe duda de que el ajuste razonable puede ser una técnica de gran eficacia para garantizar el ejercicio de otros derechos como la conciliación, la educación, etc.

4. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES

4.1. Razonabilidad y carga excesiva

La Directiva europea señala que los ajustes han de ser razonables y que no han de suponer una carga excesiva para el empresario. A la luz de esta definición surge la duda de qué significado habrá de darse a la palabra razonable. Respecto de qué ha de considerarse razonable la Directiva no arroja demasiada luz, en su exposición de motivos se limita a señalar que es preciso arbitrar medidas adecuadas, eficaces y prácticas y ejemplifica algunas de ellas. Algo más precisa es la Directiva en la definición del término carga excesiva, al respecto señala el art. 5 que no se considerará excesiva una medida cuando *sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades*. En la exposición de motivos apunta entre los factores que han de tomarse en consideración para determinar si una medida da lugar a una carga desproporcionada, el tamaño de la empresa, los recursos financieros y el volumen de negocios, la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

La apertura con que la Directiva ha tratado la definición del ajuste razonable y la carga excesiva ha propiciado diversas interpretaciones que se han plas-

²⁷ De Asís, R.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 120. Vid. del mismo autor: "Sobre el concepto de accesibilidad universal", Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2007, págs. 17 y ss. De Asís, R., Aiello, A.I., Barrifí, F., Campoy, I., Palacios, A.: "La accesibilidad universal en el marco constitucional español", *Derechos y Libertades*, núm. 16, Epoca II, 2007, págs. 57 y ss.

mado en las correspondientes normas internas²⁸. En una primera aproximación, se ha identificado el término razonabilidad con eficacia de las medidas. Es decir se ha entendido que una medida es razonable si resulta adecuada para garantizar la participación de la persona con discapacidad en el empleo. En una segunda interpretación, se ha vinculado el término razonabilidad a cuestiones económicas y se ha entendido que una medida es razonable si no impone excesivas dificultades económicas o costes al empresario. Por último, algunas normas han considerado que para que una medida sea razonable ha de reunir ambos requisitos, ser eficaz y no suponer un coste o inconveniente excesivo²⁹.

En medio de esta variedad de definiciones en torno a la razonabilidad, irrumpe el concepto de carga excesiva. Tal y como se ha visto, de acuerdo con la Directiva, en todo caso la medida de ajuste no ha de suponer una carga excesiva; la cuestión que se plantea es si la carga excesiva opera como una excepción autónoma e independiente al carácter razonable de la medida o si, por el contrario, la carga excesiva ha de ser tomada en consideración para calificar una medida como razonable. Se puede decir que en la transposición de la Directiva se han dado tantos modelos como posibilidades ofrece la indefinición de la norma. Así, por ejemplo, en el caso alemán, se exige que la medida sea razonable, no suponga un coste excesivo y no vulnere la normativa de seguridad y salud. En el caso Finandés se exige que la medida sea razonable, entendiéndose que esto ocurre cuando el coste no es excesivo, no implica cambios desproporcionados en el lugar de trabajo y se respetan las exigencias de seguridad y salud, ahora bien, en este país no se recoge referencia alguna a la carga excesiva como causa que puede justificar la no adopción de la medida. Entre ambos modelos se sitúa el español, que exige que el ajuste sea razonable, en el sentido de efectivo, pero además vincula la definición de razonable a la de carga excesiva. De acuerdo con el art. 2 m): *ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en*

²⁸ Waddington, L. y Lawson, A.: *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*. European Commission, jul. 2009, págs. 6 y 7 y 26 y ss. Vid. también: Waddington, L.: "Implementing the Disability Provisions of the Framework", en AA.VV. (ed.: Lawson, A. y Gooding, C.): *Disability Rights in Europe. From theory to Practice*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2005, págs. 126 y ss. Waddington, L.: "When it is Reasonable for Europeans to be confused: Understanding when a disability accommodation is "reasonable" from a Comparative perspective", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, vol. 29, págs.

²⁹ Con anterioridad a la aprobación de la Directiva, en EE.UU. y en Canadá se plantearon también diversas interpretaciones del concepto ajustes razonables. Vid., al respecto: De Campos Velho Martel, L.: "Ajuste Razonable: Un Nuevo Concepto de una Gramática Constitucional Inclusiva", *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, núm. 14, págs. , disponible en http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_05.htm

un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación de las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos.

Por lo tanto, para que una medida sea considerada razonable es necesario, en primer lugar, que sea necesaria y adecuada, eficaz y práctica para facilitar la accesibilidad y participación y, en segundo lugar, que no suponga una carga desproporcionada. La concreción de qué deba entenderse por carga desproporcionada no se recoge en esta definición, sin embargo, en el art. 40.2 del Texto Refundido, que vuelve a referirse a estas medidas de ajuste pero concretadas en el ámbito del empleo, el legislador señala que el empresario está obligado a *adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa (...) salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario*; y añade en el segundo párrafo que *para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.*

Por lo tanto, en España, un empresario vendrá obligado a adoptar una medida de adaptación del puesto de trabajo si dicha medida se demuestra adecuada para garantizar el acceso y permanencia en el empleo a una persona con discapacidad y si no es una carga excesiva. El concepto de carga excesiva no es un concepto estático ni uniforme para todo tipo de empresa porque para determinar si concurre tal carga habrá de atenderse, por un lado, al coste de la medida, por otro lado, a la existencia de ayudas externas y, por último, a la propia capacidad y entidad de la empresa. De tal manera que una determinada medida podrá calificarse como razonable para una gran empresa porque atendiendo a sus circunstancias no suponga un coste razonable y, en cambio, puede no ser razonable su exigencia en una pequeña empresa.

En otro orden de cosas y aunque haya pasado un tanto desapercibido, la nueva regulación contenida en el Texto Refundido ha sustituido el juicio de proporcionalidad por el de carga excesiva. La anterior Ley 51/2003, de 2 de diciembre, objeto de refundición, permitía justificar la no adopción de la medida cuando supusiera una carga desproporcionada teniendo en cuenta los costes, los efectos discriminatorios, la estructura y características de la entidad y la financiación externa. Esta referencia permitía introducir un juicio de proporcionalidad que ponía en relación el coste de la medida y los efectos discriminatorios, de manera que medidas con un alto coste podían ser consideradas proporcionadas si permitían neutralizar una barrera con gran impacto discriminatorio. También a la inversa, medidas con un coste no tan alto podían considerarse desproporcionadas dependiendo del tamaño y características de la entidad.

4.2. Las medidas de ajuste razonable en el trabajo en el ordenamiento español

4.2.1. Régimen legal aplicable: la razonabilidad y la carga excesiva como principales parámetros

Una vez detectada la necesidad de realizar un ajuste, los únicos límites a su realización son su razonabilidad y que no suponga una carga excesiva. La Directiva no contiene una referencia detallada a las posibles medidas de ajuste, la única mención al respecto se encuentra en el apartado veinte de su exposición de motivos, que a título ejemplificativo apunta entre las medidas de ajuste la adaptación de las instalaciones, equipamientos y pautas de trabajo y la asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.

Tampoco el legislador español se ha detenido a enumerar las posibles medidas de ajuste que se puede ver obligado a adoptar el empresario. La manifestación normativa más parecida a la realización de ajustes razonables se encuentra en la normativa de prevención de riesgos laborales que recoge el principio de adaptación del trabajo a la persona y la consiguiente obligación del empresario de adaptar el trabajo a las especiales características del trabajador. Ahora bien, esta normativa tiene un carácter preventivo, su finalidad no es facilitar la participación y permanencia en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad sino garantizar la seguridad y la salud.

Junto a esta normativa preventiva, la normativa laboral y de seguridad social ha contemplado tradicionalmente medidas tendentes a proteger al trabajador cuando por razón de salud no puede hacer frente a las obligaciones del puesto. La medida más común es la suspensión del contrato durante los períodos de enfermedad. También, con carácter restringido a las personas con algún tipo de incapacidad para el trabajo, el RD 1451/1983, de 11 de mayo, ha reconocido el derecho a la reincorporación a la empresa cuando recuperen su capacidad profesional.

Atendiendo a esta parca regulación el único límite en la determinación de las medidas de ajuste lo representa su eventual carga excesiva. Con carácter general, por tanto, las posibles medidas de ajuste variarán desde las más sencillas, consistentes en la realización de ajustes técnicos y variaciones de horario y jornada hasta las más complejas (en el sentido de que pueden implicar una mayor carga para el empresario) como, por ejemplo, las adaptaciones de tipo organizativo, cambio de funciones, e incluso la reubicación. La cuestión es en qué supuestos se considerará que supone una carga excesiva y qué papel juega la normativa laboral y de seguridad social en la determinación del ajuste razonable.

Especiales problemas se pueden plantear cuando las medidas de ajuste implican un cambio en las condiciones de trabajo o una reubicación del traba-

jador que puede acarrear efectos perjudiciales. Se plantea si han de aplicarse a estos supuestos de ajuste razonable las normas generales sobre modificación de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica y funcional contempladas en los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto. Por ello, como paso previo, antes de analizar el contenido posible de las medidas de ajuste, es menester aclarar cuál es el papel que desempeña esta normativa genérica en su determinación.

4.2.2. Virtualidad de la normativa sobre modificación de las condiciones de trabajo en la realización del ajuste

Los artículos 39, 40 y 41 ET recogen el procedimiento que debe seguirse para el cambio de funciones con carácter temporal, para la movilidad geográfica y para la modificación sustancial de condiciones de trabajo como el horario, jornada o funciones del puesto. Como requisito previo, el empresario que desee proceder a realizar tales cambios debe acreditar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. Esta exigencia causal se completa con la previsión de diferentes garantías para proteger los derechos del trabajador.

Así, en el caso de que el empresario proceda a la movilidad funcional extraordinaria, fuera del grupo profesional del trabajador, el art. 39 ET contempla, en primer lugar, un límite temporal, solo se permite el desarrollo de funciones de otro grupo por el tiempo imprescindible y si se realizan funciones del grupo superior durante más de tres meses en un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador tendrá derecho al ascenso; en segundo lugar, el art. 39 prevé que con independencia de las funciones que realice, el trabajador tendrá derecho a mantener sus retribuciones originarias si son superiores a las del puesto de trabajo.

En el caso de que el empresario desee realizar una modificación de funciones de carácter definitivo, o una modificación sustancial de la jornada u horario, el art. 41 ET prevé un procedimiento específico que requiere la comunicación al trabajador con quince días de antelación. Como garantía adicional, permite al trabajador rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario, en caso de que la modificación afecte a la jornada, horario, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo a turnos o funciones, y resulte perjudicado por ella.

Por su parte, el art. 40 del Estatuto recoge el procedimiento que debe seguirse para proceder a la movilidad geográfica del trabajador. También en este caso se exige que concurren razones económicas, organizativas, técnicas o de producción que lo justifiquen y se permite al trabajador que no desea el traslado rescindir su contrato con la indemnización de 20 días.

Tal y como puede observarse en el caso de la normativa genérica sobre movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo, el

objetivo perseguido es salvaguardar un espacio mínimo de protección al trabajador ante la adopción por el empresario de medidas de ajuste. Se trata, en definitiva de conjugar, por un lado, el interés empresarial en la adopción de medidas que permitan obtener una posición más competitiva y, por otro, el interés del trabajador en que sus condiciones de trabajo no se vean perjudicadas.

Por el contrario, en el caso de la normativa para garantizar el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida el objetivo fundamental es permitir la continuidad de esa persona en el trabajo, bien sea en su puesto de trabajo, bien en otro acorde con su capacidad, incluso aunque su rendimiento sea inferior. En estos casos los intereses que es preciso coordinar son, por un lado, los del empresario que debe admitir una disminución del rendimiento y los del trabajador en el mantenimiento del empleo y del salario³⁰.

Desde esta perspectiva, no parece que pueda extenderse la aplicación del régimen general previsto en los artículos 39 y 41 ET a supuestos como el de la realización de ajustes razonables. Ello es así porque detrás de la realización de estos ajustes no se encuentran necesidades objetivas de la empresa, sino la obligación de realizar ajustes razonables impuesta por la normativa con el único objetivo de facilitar la participación de los trabajadores con discapacidad en el mercado laboral³¹. Por otro lado, es preciso valorar si las garantías recogidas en dichos artículos no suponen una carga excesiva para el empresario que podría llevar a justificar la negativa al ajuste. Tal y como se ha visto, de acuerdo con el art. 39 ET, si el empresario lleva a cabo un cambio temporal de funciones el trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a las funciones que realiza, siempre que sea superior a las del puesto de origen, por otro lado, de acuerdo con el art. 41 ET, cuando la modificación sustancial de condiciones como jornada u horario resulte perjudicial para el trabajador, se le reconoce un derecho a rescindir el contrato con una indemnización de 20 días.

Ahora bien, la no aplicabilidad de este régimen general en materia de modificaciones de jornada no puede significar que el trabajador discapacitado se encuentre a merced del empresario en la realización del ajuste. Dicho de otro modo, la necesidad de realizar un ajuste razonable no puede servir de excusa

³⁰ En el caso de los trabajadores especialmente sensibles, se ha considerado aplicable el régimen general previsto para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo: López Ahumada, J.E.: *Los trabajadores especialmente...*, op. cit., págs. 153 y ss; Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles...”, op. cit., pág. 10. En sentido contrario: Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 371 y 372.

³¹ Se ha planteado si los ajustes razonables se puede equiparar a las causas organizativas aunque acaba desechando esta posibilidad: Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibidem, Madrid, 1999, pág. 377. Considera que la falta de aptitud es una causa con entidad propia, diferente de las previstas en el art. 41 ET que persiguen la mejora de la posición en el mercado de la empresa: López Ahumada, J.E.: *Los trabajadores especialmente...*, op. cit., pág. 167.

para alterar cualquier condición de trabajo. Los problemas se pueden plantear cuando existan varias medidas de ajuste posible. Por ejemplo, puede ocurrir que sean eficaces para garantizar la permanencia en el empleo del trabajador la adaptación de horario y jornada, pero también el cambio de funciones o incluso la movilidad geográfica. La cuestión en estos casos es cuál de las medidas de ajuste primará y si habrán de tenerse en cuenta los posibles perjuicios que para el trabajador conlleven las medidas.

La definición legal impone dos límites al ajuste que sea razonable y que no suponga carga excesiva. Estos dos límites parecen salvaguardar únicamente el interés empresarial en la medida en que sirven para determinar cuándo el empresario se ve exonerado de la obligación de realizar ajustes. Ahora bien, desde la perspectiva del trabajador, si una determinada medida de ajuste es eficaz y no supone carga excesiva para el empresario, no parece que el empresario pueda negarse a su adopción. Por eso, por ejemplo, en el caso de que el trabajador prefiera una medida de adaptación del horario y, sin embargo, el empresario prefiera una medida de cambio de funciones, será el empresario el que deba probar que la medida de ajuste preferida por el trabajador no resulta razonable y supone una carga excesiva.

4.2.3. Contenido posible de las medidas de ajuste: especial referencia a la suspensión del contrato y la reubicación

El legislador español no ha recogido expresamente un elenco de las posibles medidas de ajuste razonable que puede verse obligado a adoptar el empresario. No ha ocurrido lo mismo en EE.UU o en el Reino Unido, donde la normativa sobre ajustes razonables de las personas con discapacidad se ha completado con una guía de las posibles medidas de ajuste. Estas medidas engloban desde las adaptaciones de tipo técnico como puede ser la dotación de teclados o pantallas especiales hasta las adaptaciones de tipo organizativo como pueden ser la realización de cambios en el horario o jornada, el cambio de funciones o la reubicación del trabajador.

La falta de previsión expresa en el ordenamiento español de las posibles medidas de ajuste no es obstáculo para que cualquiera de las medidas de ajuste apuntadas pueda ser exigida al empresario. El único límite de estas medidas lo representa su carácter irrazonable o que supongan una carga excesiva.

En general, tal y como se ha apuntado anteriormente, lo normal será exigir en primer lugar, las medidas que entrañan menos variaciones en el diseño y organización del puesto de trabajo, como por ejemplo los ajustes técnicos y, si estos ajustes no son viables cabría exigir la realización de otros ajustes organizativos como los cambios de horario, jornada o funciones. En todos los casos habrá de valorarse la eficacia del ajuste, su razonabilidad y si supone una carga excesiva.

Problemas particulares plantean la suspensión del contrato y la reubicación del trabajador como medida de ajuste.

a) La reubicación del trabajador y las medidas de acción positiva

No hay duda de que la reubicación del trabajador con discapacidad en un puesto acorde con sus capacidades es una de las posibles medidas de ajuste razonable. Nuevamente habrá que valorar la razonabilidad de la reubicación y que no suponga una carga excesiva al empresario. Atendiendo a estos parámetros resulta claro que no podrá exigirse al empresario la provisión de un puesto de trabajo nuevo, sino que solo cabrá la reubicación en caso de que efectivamente exista una vacante.

Pero, al margen de lo anterior, los principales problemas se presentan cuando la reubicación del trabajador suponga una preferencia del trabajador con discapacidad respecto de otros en el acceso a un determinado puesto o en la promoción. La cuestión en estos casos pasa por determinar si la necesidad de realizar el ajuste razonable puede anteponerse a los derechos de promoción de otros trabajadores, incluso cuando el trabajador con discapacidad tenga menos méritos para el puesto. El conflicto ya se ha planteado en derecho norteamericano y los tribunales no han adoptado una postura clara al respecto³².

El principal obstáculo para dar prioridad a la reubicación del trabajador con discapacidad, incluso aunque existan trabajadores con mejor cualificación, lo representa la posible vulneración del derecho a la igualdad. Este tipo de preferencias en la reubicación del trabajador con discapacidad determina que las medidas de ajuste razonable se conviertan en medidas de acción positiva³³.

Con carácter general la propia Directiva y legislación española han admitido la realización de medidas de acción positiva. El art. 40 del Texto Refundido señala expresamente que *el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad*. Por su parte, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre, dedica un artículo a la regulación de la acción positiva y medidas específicas y señala expresamente que *Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros (...), ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral*.

No queda claro si entre estas medidas tienen cabida la preferencia en la reubicación del trabajador con discapacidad. Estas dudas vienen motivadas

³² Befort, S.f.: "The most difficult ADA reasonable accommodation issues: reassignment and leave of absence", *Wake Forest Law Review*, núm. 37, 2002, pág. 439; Dorsey, N.a.: "Mandatory reassignment under the ADA: the circuit split and need for a socio-political understanding of disability", *Cornell Law Review*, núm. 94, 2009, págs. 443 y ss.

³³ Lawson, A.: *Disability and equality law...*, op. cit., págs. 225 y ss.

por la estricta interpretación que el TJUE ha mantenido en torno a las medidas de acción positiva a favor de las mujeres. El TJUE, en sus pronunciamientos Marshall y Kalanke³⁴ restringió la potencialidad de las medidas que otorgaban preferencia a la mujer respecto del hombre, al señalar que solo tendrían cabida cuando los dos candidatos al puesto tuvieran igualdad de méritos.

Se puede dudar, por ello, si esta interpretación estricta es extrapolable a las medidas de acción positiva para las personas con discapacidad y puede llevar a impedir la reubicación como ajuste en el supuesto de que otro trabajador sin discapacidad reúna más méritos.

Si se prescinde de la polémica interpretación del TJUE, lo cierto es que desde la óptica del derecho interno existen argumentos suficientes para defender la validez de las medidas de acción positiva que postergan al candidato no discapacitado. Ello es así, porque el propio Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su art. 42, obliga a reservar un 2% de los puestos de empresas públicas o privadas a trabajadores con discapacidad. Se trata en este caso de una medida de acción positiva en el acceso al empleo que da preferencia al candidato con discapacidad, parece por tanto, que con mayor razón habrá que conceder dicha preferencia cuando se trate de una simple reubicación.

b) Suspensión del contrato y reserva del puesto de trabajo

Otra posible medida de ajuste razonable puede consistir en el reconocimiento de permisos o incluso en la posibilidad de suspender el contrato. Esta medida de ajuste será particularmente eficaz cuando la discapacidad tenga su origen en enfermedades que requieren periodos de cura, o que dan lugar a brotes puntuales que impiden el desempeño del trabajo.

El ordenamiento español ya reconoce en su artículo 45.1 c del ET, entre las causas de suspensión del contrato la incapacidad temporal. Tradicionalmente esta causa de suspensión se ha ligado a la prestación correspondiente de Seguridad Social prevista en los artículos 128 y ss LGSS. De acuerdo con esta regulación, el trabajador tiene derecho a recibir la prestación de incapacidad temporal durante un máximo de 365 días prorrogables por otros 180 días.

Los problemas se plantearán cuando el trabajador agote el periodo de prestación por incapacidad temporal, no se encuentre en condiciones de volver a trabajar y a pesar de ello no se le haya reconocido la incapacidad permanente. Desde un punto de vista estricto, se entiende que el alta médica obliga al trabajador a su inmediata reincorporación, ahora bien, en alguna ocasión los tribunales han admitido que se prorrogue la suspensión del contrato cuando el trabajador haya recurrido el alta y acredite ante el empresario su indisponibilidad para trabajar. Se trata, no obstante, de una solución incierta y que además

³⁴ SSTJUE de 2 de agosto de 1993 (asunto C-271/91) y de 17 de octubre de 1995 (asunto C-450/93)

se limita a los supuestos en los que el alta esté recurrida. Siguen sin resolverse los supuestos en los que al trabajador no se le haya reconocido la incapacidad permanente pero por motivos de enfermedad no pueda incorporarse a trabajar.

Antes incluso de que se reconociese el derecho al ajuste razonable, se apuntó como posible solución optar por una interpretación amplia del art. 45 ET, que permitiera admitir la enfermedad como causa de suspensión del contrato³⁵. Con el reconocimiento expreso del derecho al ajuste razonable, la suspensión del contrato se puede considerar una medida más de ajuste razonable que desborda los estrictos términos en los que está configurada legalmente la incapacidad temporal. El único límite a este reconocimiento de la suspensión se hallaría una vez más en que no constituya una carga excesiva.

Una medida menos onerosa para el empresario puede consistir en reconocer un derecho del trabajador con discapacidad a la reincorporación en el momento en que hubiera vacante, en línea con lo ya previsto por el RD 1451/1983, de 11 de mayo, para los trabajadores a los que se les ha reconocido algún tipo de incapacidad. El art 1.2 de este Decreto, prevé la posibilidad de reincorporación al puesto de trabajo originario si en el plazo de tres años el trabajador declarado en situación de IPP recobra su capacidad. Por otro lado, el art. 2 en el supuesto de que el trabajador haya sido declarado en situación de IPT, se le reconoce un derecho a la preferencia para su readmisión en la última empresa en la que han trabajado, en caso de que recuperen totalmente la capacidad laboral. También en el caso de que la recuperación sea solo parcial se reconoce dicho derecho pero se condiciona a la existencia de una vacante adecuada a su capacidad residual.

Por esta opción apuesta también el CERMI, que, entre sus propuestas para mejorar el empleo de las personas con discapacidad³⁶, ha recogido la ampliación a cuatro años del derecho de suspensión del contrato durante un periodo de cuatro años antes de proceder a la extinción.

5. LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR AJUSTES RAZONABLES

La incorporación al ordenamiento español de la obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad, se ha realizado sin to-

³⁵ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 387 y ss.

³⁶ *Propuestas normativas con rango de ley derivadas del desarrollo de la estrategia global y del plan de acción para el empleo de personas con discapacidad, para su inclusión en el proyecto de ley de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*, disponible en <http://boletin.cermi.es/noticia.aspx?noticia=611>

mar conciencia real de las implicaciones que suponía en el régimen vigente en materia de modificaciones de contrato y sobre todo en materia de extinción contractual.

Como se verá a continuación, la regulación española en materia de extinción contractual ha optado por un modelo drástico en el que la incapacidad, la falta de aptitud para el trabajo o la acumulación de un determinado número de faltas de asistencia justifican, sin más, la extinción del contrato. Esta regulación afecta con carácter general a aquellos trabajadores a los que se les haya reconocido una incapacidad permanente, a los trabajadores que no sean aptos para el trabajo o a los trabajadores absentistas, ahora bien, conviene tener presente que entre estos trabajadores puede haber algunos que tengan la condición de discapacitado, lo cual exigiría al empresario la puesta en práctica de medidas de ajuste, como la reubicación, antes de proceder a la extinción del contrato.

5.1. Ajustes razonables y extinción por incapacidad

El art. 49.1 e) ET contempla como causa de extinción del contrato, la incapacidad permanente total o absoluta y la gran invalidez. De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, el reconocimiento de la incapacidad en alguno de dichos grados permite la extinción automática del contrato sin que el empresario deba llevar a cabo ninguna prueba adicional.

Solo en los casos en los que, a juicio del órgano calificador, se prevea la posible recuperación del trabajador, el art. 48.2 ET, permite una suspensión del contrato por un tiempo máximo de dos años con el objeto de permitir la reincorporación del trabajador. En el resto de los supuestos la solución acogida por el Estatuto de los Trabajadores resulta drástica, en el sentido de que no obliga al empresario a valorar una posible reubicación del trabajador acorde con sus capacidades.

Esta regulación del Estatuto puede resultar incompatible con la obligación de realizar ajustes razonables, ya que desecha automáticamente la reubicación como medida de ajuste sin atender a su razonabilidad y viabilidad en los supuestos en los que la capacidad residual del trabajador todavía permita su continuidad en la empresa, aunque sea realizando otras funciones.

La declaración de incapacidad permanente en el grado de total requiere la comprobación de que el trabajador no es apto para la realización de las funciones propias de su grupo profesional, luego se entiende que el trabajador podría realizar funciones propias de otros grupos profesionales. Solo el reconocimiento de la incapacidad absoluta o gran invalidez comporta que el trabajador no puede realizar ninguna de las funciones del grupo.

Se puede observar, por tanto, que en la propia definición de incapacidad permanente total se reconoce implícitamente la capacidad del trabajador para el desempeño de algunas funciones propias de otro grupo.

Se ha discutido si en el origen de la extinción por incapacidad se encuentra la imposibilidad del trabajador para el desempeño de las funciones del puesto o la excesiva onerosidad que supondría para el empresario el mantenimiento en el empleo de un trabajador con capacidad reducida. La primera posibilidad, la de la imposibilidad, supone un acercamiento muy riguroso al objeto del contrato de trabajo, limitándolo al originariamente pactado y sin atender a las tendencias actuales de flexibilidad en la organización funcional en la empresa. Por otro lado, esta aproximación parte de una óptica puramente contractualista que olvida las implicaciones que la tutela antidiscriminatoria impone y, en concreto, obvia que la garantía de la igualdad material requiere la realización de ajustes, también en las funciones pactadas en el contrato, siempre que sean razonables³⁷.

Una interpretación coherente del concepto de incapacidad permanente y la obligación de realizar ajustes razonables, debería llevar a exigir una valoración de la posible reubicación del trabajador en otro puesto acorde con la capacidad del trabajador, atendiendo también a las características y posibilidades reales de la empresa.

En este punto la razonabilidad de la medida y, sobre todo, la valoración de si supone una carga económica excesiva para el empresario se va a erigir en la clave para determinar cuándo la extinción está justificada debido a que el mantenimiento en el empleo del trabajador supone una carga excesiva para el empresario.

La solución adoptada por el Estatuto, en cuanto autoriza una extinción automática del contrato de trabajo sin más valoraciones, corre el riesgo de ser considerada una medida discriminatoria porque obvia cualquier valoración sobre la razonabilidad de la reubicación³⁸.

En la práctica, la aplicación de esta opción tan estricta del Estatuto puede derivar en situaciones difícilmente justificables. Sumamente ilustradores resultan los supuestos en los que durante el tiempo en que el trabajador está a la espera de la declaración de incapacidad se produce una recolocación transitoria. En estos casos es habitual que, una vez obtenida la incapacidad permanente total, el trabajador reclame el derecho a permanecer en el nuevo destino. Los

³⁷ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, op. cit., págs. 415 y 416.

³⁸ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 422 y 423. Goñi Sein, J.I.: “La ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 11, 1982, págs. 430 y 431; Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 262 y ss; Pastor Martínez, A.: “El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo”, Comunicación presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, disponible en AA.VV.: *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, Ediciones Cinca, Madrid, 2014, págs. 8 y ss.

tribunales vienen entendiendo que no existe tal derecho ya que se trata de una solución transitoria que no supone una novación contractual (STSJ, Castilla La Mancha, de 4 de diciembre de 2003, AS 204/612) salvo supuestos excepcionales como el resuelto en la STSJ (Comunidad Valenciana) de 18 de mayo (AS 2000/4343), donde la recolocación se alargó durante ocho años. La aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables debiera haber llevado a valorar en estos casos, no la existencia de una novación contractual, sino si la conversión en definitiva de esa reubicación transitoria podía considerarse una medida razonable de ajuste y, por tanto, obligatoria.

A la luz de todo lo expuesto es preciso reconsiderar la legitimidad constitucional del régimen estatutario de extinción por incapacidad por cuanto no deja margen alguno a la valoración de la reubicación del trabajador incapacitado.

5.2. Ajustes razonables y despido por ineptitud

En los supuestos en los que el trabajador no tiene reconocida la prestación de incapacidad permanente total pero, aun y todo, no reúne las aptitudes físicas o mentales que el trabajo requiere, el empresario puede proceder a la extinción objetiva del contrato por ineptitud sobrevenida. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, para justificar la ineptitud como causa de extinción del contrato ha de probarse que por un motivo no imputable al trabajador éste no resulte apto para su trabajo habitual. La STS de 2 de abril de 1990 (RJ 1990/3094) señala que *el concepto de ineptitud se refiere a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo- rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración etc.* Entre estos motivos tradicionalmente se han apuntado como causa de ineptitud la pérdida de una cualificación profesional necesaria para desempeñar el trabajo, la pérdida de habilidad para realizar el trabajo y la imposibilidad física o psíquica de realizar su trabajo³⁹.

La previa denegación del reconocimiento de la IPT no ha planteado problemas para entender que concurría la falta de aptitud necesaria para extinguir el contrato por ineptitud. Se entiende que no existe contradicción alguna, puesto que en el caso de la incapacidad se toma en consideración la capacidad para realizar las funciones propias del grupo, mientras que para apreciar la ineptitud sobrevenida se tienen en cuenta las concretas funciones del puesto de trabajo. Muy ilustrativa resulta la STSJ (País Vasco) de 6 de mayo de 1997 (AS 1997/1647) la cual advierte que la IPT *se hace tomando en consideración la profesión que se desempeña, lo que no es equivalente al concreto puesto*

³⁹ Esteban Legarreta, R.: *Contrato de trabajo ...*, op. cit., págs. 454 y ss; Sagardoy Bengoechea, J. A.: "Ineptitud, despido y desempleo", *Revista de Política Social*, núm. 89, 1971, pág. 15.

*de trabajo que se ocupa en un momento determinado (...). Por tanto, resulta compatible la declaración de no afecto de invalidez permanente en grado alguno con la existencia de déficit de salud que impidan a un trabajador realizar parte de las tareas de un concreto puesto de trabajo e incluso de todas ellas.*⁴⁰

Al amparo de esta regulación legal y de la correspondiente aplicación jurisprudencial cabe concluir que sería posible despedir a una persona con discapacidad sobrevenida, cuando dicha discapacidad le impidiera realizar las funciones esenciales de su puesto de trabajo. El legislador opta por una solución drástica que no deja margen alguno para la valoración de la posible realización de ajustes razonables.

La rigurosidad de la opción tomada por el legislador, ha sido matizada en algunos recientes pronunciamientos jurisprudenciales que apuestan por poner en relación la ineptitud con el ejercicio de la profesión habitual entendida en el sentido expresado por la STS de 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259) no solo como la coincidente con *la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional*. Así, por ejemplo, la STSJ (Castilla-La Mancha) de 22 de febrero de 2007 (JUR 2007/120928) en un supuesto en que como consecuencia de un accidente el trabajador no resultaba apto para continuar las funciones de carretillero, entendió que la empresa disponía de otros puestos de trabajo de la misma categoría como operarios de reparación de cajas y técnicas de laboratorio y, en consecuencia, consideró improcedente la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida.

En la misma línea la STSJ (Madrid) de 3 de julio de 2009 (JUR 2009/342041) entiende que *la ineptitud a valorar en el trabajador se pondere en función de su categoría profesional, en los términos regulados en el art. 22 ET y las posibilidades reales de empleo que pueda tener la empresa en función de su plantilla, porque sólo de este modo se puede saber si es posible la aplicación efectiva del régimen de equivalencias que contiene el apdo. 3 de este art. 22 ET*. En el supuesto enjuiciado por esta sentencia se valoraba la ineptitud de un trabajador, operario de la construcción, afecto de epilepsia para trabajar en su puesto de voladuras de piedra. Entiende la sentencia que habían de tomarse en consideración las características de la plantilla de la empresa y la posible existencia de otros puestos acordes con la categoría del trabajador, por ello, concluye que no era procedente el despido por ineptitud⁴¹.

⁴⁰ En igual sentido se pronuncian: STSJ (Cataluña) de 16 de junio (AS 2003/2606); STSJ (Galicia) de 15 de octubre de 1999 (AS 1999/2967); STSJ (Cantabria) de 27 de noviembre (AS 2002/223); TSJ (Canarias) de 9 de julio (AS 1996/2563); STSJ (Asturias) de 18 de diciembre (AS 2010/201); STSJ (Madrid) de 29 de mayo (AS 2001/2283).

⁴¹ Recientemente en idéntico sentido: SSTSJ (Madrid) de 14 de enero de 2013 (AS 2013/694) y (Cataluña) de 25 de enero de 2013 (JUR2013/9172).

Se observa, por tanto, como por vía de interpretación de los requisitos legales se abre paso una interpretación de la falta de aptitud que atiende a las posibilidades de reubicación del trabajador⁴². Pero, sin necesidad de recurrir a estos esfuerzos interpretativos, cabe plantearse si la obligación de realizar ajustes razonables puede aconsejar una revisión de la interpretación de esta causa de extinción que exija la valoración de la ineptitud del trabajador no solo para las funciones habituales del puesto, sino para todas aquellas funciones del grupo y que, en consecuencia, tenga en consideración las posibilidades de reubicación dentro del grupo.

No acaban aquí, sin embargo, las implicaciones de la obligación de realizar ajustes razonables en el entendimiento de la ineptitud como causa de despido. La obligación de realizar ajustes razonables exige que antes de proceder al despido del trabajador se valore su aptitud para desempeñar otro puesto de trabajo en la empresa, incluso, aunque no se corresponda con su grupo profesional. Existe, por lo tanto, un auténtico derecho del trabajador con discapacidad a que se valore la razonabilidad de un cambio de puesto de trabajo, incluso en otro grupo profesional⁴³.

5.3. Ajustes y despido por absentismo

El absentismo del trabajador puede también justificar la extinción del contrato cuando, de acuerdo con lo previsto en el art. 52 d) ET, el trabajador acumule un 20 % de faltas intermitentes en dos meses consecutivos, incluso justificadas, siempre que el total de faltas alcance el cinco por ciento en los doce meses anteriores; igualmente, cabrá el despido del trabajador cuando haya acumulado un 25% de faltas en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. Quedan excluidas del cómputo como faltas de asistencia, entre otras, las debidas a enfermedad o accidente que tengan una duración de más de veinte días y las que tengan su origen en cáncer o enfermedad grave⁴⁴.

Por lo tanto, en virtud de esta causa de extinción sería posible despedir a un trabajador que por motivo de su discapacidad acumula ausencias reiteradas al trabajo. Se ha olvidado nuevamente la virtualidad que pueda tener la apli-

⁴² Pastor Martínez, A.: “El deber de adaptación de las condiciones de trabajo en materia de discapacidad como límite a las facultades extintivas del contrato de trabajo”, op. cit., págs. 12 y ss.

⁴³ Vid. al respecto las propuestas del Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) recogidas en el documento: *Discapacidad sobrevenida e inclusión laboral: documento de posición y propuestas del CERMI estatal*, marzo 2012, disponible en <http://www.feafes.org/publicaciones/Discapacidadsobrevenidaainclusionlaboral.pdf>

⁴⁴ Moreno Gené, J.: “La nueva configuración de la extinción del contrato por absentismo del trabajador tras la Ley 3/2012” en AA.VV. (Romero Burillo, A. y Moreno Gené, J.): *La gestión del absentismo laboral. Impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 159 y ss.

cación del principio de ajuste razonable. Tal y como se ha visto anteriormente, entre el contenido posible de las medidas de ajuste se encuentra la reubicación, pero antes incluso de acudir a la recolocación del trabajador es posible plantearse medidas alternativas menos gravosas como el reconocimiento de permisos especiales, o incluso la suspensión del contrato sin necesidad de acudir al régimen de la incapacidad temporal.

En lo que aquí interesa la cuestión es si este reconocimiento de permisos especiales de ausencia al trabajador es compatible con la posibilidad de extinguir el contrato por absentismo. El motivo que justifica la introducción del absentismo como causa de extinción del contrato es la excesiva onerosidad que supone para el empresario la intermitencia de las faltas del trabajador. Desde este punto de vista, en el caso de ausencias reiteradas de un trabajador con discapacidad, habrá que analizar la legitimidad constitucional de la extinción del contrato atendiendo a si la medida de ajuste supone una carga excesiva⁴⁵. Es decir, habría de valorarse en cada caso atendiendo a las características de la empresa si, efectivamente, esas ausencias reiteradas, suponen una carga excesiva. La consecuencia es que en los casos de trabajadores con discapacidad la obligación de realizar ajustes razonables aconseja que no se realice una aplicación automática de la causa extintiva del art. 52 d) ET y que examine en cada caso si efectivamente el número de faltas del trabajador supone una carga excesiva⁴⁶.

⁴⁵ Más allá aun, la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013 (JUR 2013/311901) entiende que ni siquiera es posible aplicar la extinción por absentismo en un supuesto en que las ausencias tienen su origen en una enfermedad de larga duración. El Juzgado, con base en la extensión del concepto de discapacidad realizado por la STJUE de 11 de abril de 2013, concluye que una enfermedad de larga duración sufrida por el trabajador debe asimilarse a la discapacidad y concluye que el despido por absentismo en tal caso es nulo debido a que vulnera la prohibición de discriminación contenida en la Directiva 2000/78.

⁴⁶ Los problemas se siguen presentando en el caso de que la enfermedad que origina las ausencias del trabajador no se equipare a discapacidad. Vid. ampliamente sobre esta cuestión y sobre las posibles soluciones la ya citada comunicación de: Moreno Gené, J.: “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”.

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LOS EFECTOS DE LA HUELGA SOBRE EL CONTRATO: PUNTOS CRÍTICOS

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Prof. TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras clave: Huelga, descuentos salariales, devengo de prestaciones, garantía de indemnidad, piquetes informativos, esquirolaje

El presente artículo analiza los efectos de la huelga sobre el contrato de trabajo, determinando que conceptos retributivos se pueden descontar y en qué proporción, así como las consecuencias sobre el devengo de prestaciones. Por otra parte, el ejercicio del derecho de huelga lleva aparejado unas garantías de indemnidad y, al mismo tiempo, los trabajadores tienen derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales. Lo que lleva a estudiar las posibilidades de sancionar a los trabajadores durante la huelga, así como los límites de los piquetes informativos. Finalmente se prohíbe el esquirolaje durante el periodo de huelga, de tal modo que se indagará sobre las posibilidades de contratación o externalización de la actividad durante la huelga, así como el uso de las facultades ordinarias de dirección de la empresa y el empleo de nuevas tecnologías.

ABSTRACT

Key words: Strike, remuneration discounts, accrual of benefits, guarantees of indemnity, Pickets, scabbing

The present paper analyzes the effects of a strike on the labour contract, determining the remuneration that can be discounted and in which proportion, and the impact on the accrual of benefits. Moreover, the exercise of the right to strike carries guarantees of indemnity and at the same time, workers have the right to hold meetings to inform and express their demands, seek the solidarity of others or overcome their opposition peacefully requesting the participation in legal collective actions. This leads to study the possibility of penalizing the workers during the strike, as well as the limits of pickets. Finally, scabbing is prohibited during the strike, so the paper inquires about the possibilities of hiring or outsourcing the work during the strike, the use of the ordinary powers of management of the company and the use of new technologies.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEVENGO DE PRESTACIONES
3. DESCUENTOS RETRIBUTIVOS
4. GARANTÍAS DE INDEMNIDAD
 - 4.1. La nulidad de sanciones impuestas por el ejercicio del derecho
 - 4.2. Prohibición de esquirolaje
 - 4.2.1. Esquirolaje externo
 - 4.2.2. Esquirolaje interno
 - 4.2.3. Empleo de medios tecnológicos
5. EL DERECHO A DIFUNDIR Y HACER PÚBLICO EL CONFLICTO
 - 5.1. Las libertades de expresión e información
 - 5.2. Piquetes informativos

1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el art. 6.1 del Real Decreto-Ley 17/1977, de Relaciones del Trabajo, (RDLRT), el ejercicio del derecho de huelga no extingue la relación de trabajo, ni puede dar lugar a sanción alguna, salvo que el trabajador, durante la misma, incurriera en falta laboral.

Durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario. Asimismo, el art. 45 del ET establece que el contrato de trabajo se suspende durante el ejercicio del derecho de huelga quedando las partes eximidas de las recíprocas obligaciones de prestar servicios y remunerar los mismos.

En el supuesto de los funcionarios, el apartado 2 del artículo 30 de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establece que los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúa tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

Por el contrario, el contrato de trabajo de los trabajadores no huelguistas no se suspende, aun cuando la huelgue imposibilite a la empresa darle ocupación efectiva, al no tener cabida el supuesto en ninguno de los apartados del art. 45 del ET¹. Sin embargo, algunos autores estiman que el art. 45 del ET no es una lista cerrada y que, el caso en cuestión podría incluso subsumirse en el supuesto de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que sí está expresamente contemplado en el art. 45 y en última instancia, la empresa podrá solicitar la autorización de cierre patronal o instar la suspensión de los

¹ SSTs de 20 y 22 de junio de 1995.

contratos por fuerza mayor². Si bien convendría que la Ley recogiera expresamente el derecho de los trabajadores no huelguistas a seguir percibiendo íntegramente sus retribuciones en caso de no poder trabajar.

Estos efectos conllevan, por una parte, el descuento de alguno de los conceptos retributivos de los trabajadores durante el periodo de huelga, así como consecuencias sobre el devengo de prestaciones actuales y futuras. Por otra parte, a los trabajadores que se encuentren en huelga no se les puede sancionar por el hecho de ejercer el derecho fundamental y, al mismo, tiempo, tienen derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones³, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición⁴, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales⁵. Siempre de acuerdo con el deber de buena fe⁶. Por su parte, el empresario tiene prohibido contratar a trabajadores externos para sustituir a los trabajadores en huelga, así como hacer uso de sus facultades ordinarias de dirección, para reorganizar los trabajadores no huelguistas, todo con el objetivo de respetar el contenido esencial del derecho de huelga. De este modo el artículo analizará los concretos conceptos retributivos que se pueden descontar y en qué proporción, las consecuencias sobre el devengo de prestaciones, así como la extensión de la garantía de indemnidad de los trabajadores en huelga y los límites de los piquetes informativos y de la prohibición del esquirolaje, especialmente en relación con el uso de las nuevas tecnologías.

2. ALTA EN LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEVENGO DE PRESTACIONES

El art. 6.3. del RDLRT dispone que, el trabajador en huelga permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social⁷, con suspensión de la obligación de cotización por parte del empresario y del propio trabajador y no computará a efectos del periodo de carencia de futuras prestaciones⁸ (arts. 106.5 y 125.6 de la LGSS). Salvo en el caso de desempleo donde se computa,

² Sempere Navarro, A.V., “Jurisprudencia unificada sobre huelga”, Repertorio de Jurisprudencia, nº. 20, 2008, págs. 11 y 12 y SSTS de 20 y 22 de junio de 1995.

³ Arts. 20.1 CE, 68 ET y 8 LOLS.

⁴ STC 137/1997, de 21 de julio.

⁵ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

⁶ Art. 5 ET.

⁷ Salvo que se trate de una huelga ilegal, en cuyo caso se produce la baja del trabajador durante dicho periodo. Véase, Quintanilla Navarro, R.Y., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley orgánica”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 73, 2008, pág. 360.

⁸ STC 13/1984, de 3 de febrero.

si es necesario para completar el periodo mínimo de carencia genérica de 360 días (art. 3.3 del RD 625/1985). Se considera asimismo un paréntesis a efectos de reunir los periodos de carencia específicos de futuras prestaciones⁹.

En caso de huelga parcial, el trabajador se mantiene en situación de alta real durante toda la jornada, al margen del número de horas trabajadas y se mantiene la obligación de cotizar por la retribución percibida por el tiempo trabajado cotizándose por los salarios realmente percibidos¹⁰.

El trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo, ni a la económica por incapacidad temporal, sí a la asistencia sanitaria, salvo que se trate de accidente de trabajo en cuyo caso sí se inicia el abono de la prestación (arts. 131.3 y 208.2 de la LGSS). Sin embargo, si ya se le está abonando alguna de las dos prestaciones, antes del inicio de la huelga, tendrá derecho a seguir percibiéndolas¹¹. Las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad (art. 8 del RD29572009, de 6 de marzo).

Los trabajadores en huelga podrán suscribir un convenio especial con la Seguridad Social, con las siguientes particularidades, conforme al art. 18 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre:

Su objeto será el de completar las bases de cotización correspondientes a las contingencias de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, jubilación y servicios sociales durante el período de huelga legal o cierre patronal legal.

En los casos de huelga legal total o cierre patronal legal, la base diaria de cotización será el promedio de las bases de cotización por las que hubiera venido cotizando el trabajador durante el mes anterior a la fecha de inicio de la huelga total o del cierre patronal.

En los supuestos de huelga legal parcial, la base diaria de cotización será la diferencia entre la base de cotización calculada conforme al apartado anterior y la base por la que se cotice diariamente por el trabajador durante la situación de huelga legal parcial.

3. DESCUENTOS RETRIBUTIVOS

Al suspenderse la obligación de trabajar, se suspende asimismo, la obligación de abonar las correspondientes retribuciones por la prestación de ser-

⁹ STC 48/1991, de 28 de febrero y STC 152/1991, de 8 de julio.

¹⁰ De la Puebla Pinilla, A., "Suspensión del contrato de trabajo por el ejercicio del derecho de huelga", Portal Jurídico, Lex Nova, 2012.

¹¹ Quintanilla Navarro, R.Y., "EL derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley orgánica", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 73, 2008, pág. 359.

vicios. Luego se procederá a descontar todos los componentes salariales, esto es, salario base y la parte proporcional de los complementos salariales, de las pagas extraordinarias y la del descanso semanal, que se devenga día a día por los días trabajados a lo largo de la semana en cuanto a su retribución, pero no su duración¹², así como los propios descansos semanales y los días festivos en general que coincidan con el periodo de huelga¹³, en estos casos descontando el aumento de la retribución previsto para estos días¹⁴. Si bien esto es presumir que dichos días se realiza la huelga y esto puede ser así o no. Lo más razonable sería precisamente, al contrario, presumir que no se ha ejercido el derecho si no consta que hay participación activa en la huelga¹⁵. No se descuenta el periodo de huelga a efectos de calcular las vacaciones anuales¹⁶, que se rige por el principio de “impermeabilidad” y no se ve afectado ni en cuanto a su duración ni retribución¹⁷, salvo que se trate de una huelga ilegal, en cuyo caso sí se descuentan los días¹⁸. No se descuentan los días festivos fuera del periodo de huelga¹⁹.

Como acertadamente señalan algunos autores²⁰, el problema estriba cuando el complemento salarial no guarda relación con una referencia temporal concreta, como pluses de productividad o cantidad que tiene como finalidad aumentar el rendimiento del trabajador. Así, por ejemplo, el abono de una paga extraordinaria por el cumplimiento de ciertos objetivos. Lo proporcional sería abonar la paga si se han cumplido los objetivos a pesar de participar en la huelga²¹. Por lo general la jurisprudencia aboga por el descuento proporcional

¹² SSTTS de 1 de octubre de 1991, 22 de enero de 1993, 24 de enero de 1994, 18 de marzo de 1996 y 13 de marzo de 2001.

¹³ Gonzalez de Rivera Serra, X., “Los descuentos salariales con ocasión del ejercicio del derecho de huelga”, *Boletín Aranzadi Laboral*, 2001.

¹⁴ SSTTS de 26 de mayo de 1992, 19 de octubre de 1993, 18 de abril y 6 de mayo de 1994 y 18 de marzo de 1996.

¹⁵ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, pág. 5.

¹⁶ SSTCT de 15 de marzo y 8 de junio de 1988.

¹⁷ Goerlich Peset, J. M., “Los efectos de la huelga”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pg. 30, Alfonso Mellado, C. L. y Peña Obiol, S., “Vacaciones, fiestas, descanso semanal”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 82, Fernández Avilés, J. A., “Configuración jurídica del salario”, Ed. Comares, Granada, 2002, pág. 400 y Castro Conte, M., “De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 7, 2009, págs. 3 y 4.

¹⁸ STS de 11 de octubre de 1994.

¹⁹ STS de 13 de marzo de 2001.

²⁰ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, págs. 2 y 3.

²¹ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 308, 2000, pág. 3

al periodo de huelga de estos pluses²². En cualquier caso, no deben tener nunca una finalidad “antihuelga”²³, para ello no deben ser objeto de descuentos desproporcionados, sino precisamente proporcional con el periodo de huelga, al igual que en otros conceptos²⁴.

En cuanto a las retribuciones extrasalariales, correspondientes a los días de huelga, habrá que estar a lo que diga el convenio colectivo aplicable. Así, para que incida la huelga de forma negativa en la percepción de pluses extrasalariales, como por ejemplo, pluses de asistencia²⁵ o dietas²⁶, es necesario que así lo contemple expresamente el convenio colectivo aplicable, no, por ejemplo, cuando haga referencia a ausencias por cualquier causa en general, ni mucho menos cuando guarde silencio²⁷.

Si el trabajador tiene una jornada irregular y no realice el mismo número de horas de trabajo todos los días, se descontará el número de horas del día de huelga²⁸.

En la práctica, el criterio a seguir para el cálculo de la cantidad a deducir por participación en huelga, es el de dividir las remuneraciones anuales por un divisor, compuesto por el número de horas anuales de trabajo que se tiene la obligación de prestar, más las horas correspondientes a las fiestas laborales y al periodo anual de vacaciones no comprendidos dentro del periodo de huelga²⁹.

A tales efectos se descontará el salario correspondiente a los trabajadores que libremente participen en la huelga, hecho que se puede inferir por actos explícitos, como la declaración expresa de participar en la huelga o por actos implícitos³⁰, como no acudir al trabajo los días de huelga o no contestar cuando la empresa posibilite manifestarse expresamente en el sentido de que no se participa en la huelga³¹, pero no por la mera adhesión a la huelga en alguno de

²² SSTS de 22 de enero de 1993, 29 de septiembre y 16 de octubre de 1995.

²³ Fernando García, F., “Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 199.

²⁴ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 308, 2000, pág. 3.

²⁵ STS de 15 de noviembre de 2007.

²⁶ STS de 30 de septiembre de 1996.

²⁷ Martínez Rocamora, L.G., “Dos cuestiones sobre la huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 308, 2000, pág. 3.

²⁸ STS de 4 de octubre de 1995 y SAN 167/2013, de 25 de septiembre.

²⁹ SSTS de 16 y 17 de Diciembre de 1991, 14 y 30 de Octubre de 1993, 19 de Febrero, 15 de Marzo, 10, 25 y 30 de Mayo y 24 de Septiembre de 1994, 30 de Marzo de 1995 y 14 de Octubre y 7 de Mayo de 1996.

³⁰ Tascón López, R., “Reflexiones acerca de cómo el marco dado por el ejercicio «tácito» del derecho fundamental de huelga influye (aunque no haya sido expresamente alegado) en la valoración gradualista de las causas de despido disciplinario”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 83, 2008, pág. 4.

³¹ STC 332/1994, de 8 de febrero y STC 80/2005, de 4 de abril y SSTS de 1 de octubre de 1992, 30 de enero de 1997 y 19 de junio de 2013.

los días objeto de convocatoria³² o el mero hecho de estar afiliado al sindicato convocante³³.

El descuento, practicado por error por parte de la empresa, a trabajadores no huelguistas, pero afiliados al sindicato convocante, vulnera el derecho de libertad sindical³⁴.

4. GARANTÍAS DE INDEMNIDAD

4.1. La nulidad de sanciones impuestas por el ejercicio del derecho

El trabajador no podrá ser sancionado por el ejercicio del derecho a la huelga, ni por las acciones que garantiza tal ejercicio³⁵. De este modo, se establece una garantía de indemnidad frente a represalias empresariales³⁶. Así serán nulas las sanciones impuestas por el mero hecho del ejercicio del derecho y concretamente, serán nulos los despidos que se lleven a cabo como medida de represalia o retorsión por el hecho de ejercer el derecho a la huelga³⁷. Asimismo, el art. 52 d) del ET establece que no se computarán las ausencias debido a huelga legal, por el tiempo que dure la misma, a los efectos de despido objetivo por ausencias justificadas.

En los supuestos en que tras, anunciar la empresa despidos colectivos de parte de la plantilla, los trabajadores ejerzan el derecho a la huelga como medida de presión y protesta y la empresa, como respuesta, incremente el número de trabajadores que pretende despedir, se entenderá que lesiona el derecho fundamental, el acto de ampliación o elevación del número de trabajadores despedidos pero no los despidos iniciales. La lesión de un derecho fundamental es una conducta ilícita concreta, pero que no puede tener efectos retroactivos sobre las conductas anteriores adoptadas por el empresario³⁸. También se considera despido nulo la

³² Castro Conte, M., “De nuevo sobre las consecuencias económicas del ejercicio del derecho a la huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 7, 2009, pág. 6.

³³ STC 11/1998, de 13 de enero, STC 198/1998, de 13 de octubre, STC 45/1999, de 22 de marzo y STS de 15 de junio de 1999. Gonzalez de Rivera Serra, X., “Los descuentos salariales con ocasión del ejercicio del derecho de huelga”, Boletín Aranzadi Laboral, 2001, pág. 4.

³⁴ STC 126/1998, de 15 de junio, STC 158/1998, de 13 de junio, STC 198/1998, de 13 de octubre y 223/1998, de 24 de noviembre y STS de 15 de junio de 1999.

³⁵ STC 44/1995, de 13 de febrero.

³⁶ Eneriz Olaechea, F.J., “El derecho fundamental de huelga: su debida regulación postconstitucional”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º. 5, 2011, pág. 6.

³⁷ STC 76/2010, de 19 de octubre.

³⁸ STS de 20 de septiembre de 2013. Al respecto, véase, Fernandez Baraibar, M., “Elevación del número de despidos en represalia por el ejercicio del derecho de huelga”, Revista Aranzadi Doctrinal, n.º. 10, 2014.

no renovación de contratos temporales, tras haber participado los trabajadores en una huelga³⁹ o la no superación de un periodo de prueba⁴⁰ o la exclusión cara al futuro de bolsas de trabajo o procesos de selección⁴¹.

Asimismo, se han considerado nulos los despidos objetivos por reducción de la actividad, realizados por una empresa contratista, al haberle rescindido la contrata la empresa principal, por derivarse indirectamente del previo ejercicio del derecho de huelga⁴².

Ahora bien, el hecho de participar en una huelga legal, no exime al trabajador del poder disciplinario de la empresa. Esto es, una cosa es que la empresa no pueda despedir al trabajador por el mero hecho de participar activamente en una huelga legal, es decir, como mera represalia y, otra, bien distinta, es que si el trabajador incurre en alguna de las causas legales de despido disciplinario del art. 54 del ET, pese a participar en una huelga legal, podrá ser despedido de forma procedente, pues el ejercicio del derecho fundamental no ampara los incumplimientos graves y culpables de las obligaciones laborales. Si bien, en algunos supuesto si supone la modulación de dichos incumplimientos, en el sentido de que durante el conflicto se exige una agravación del incumplimiento, comparado con circunstancias normales. Así, por ejemplo, cuando la libertad de expresión se ejerce en el contexto de una huelga, estaría comprendido dentro de la libertad sindical⁴³. De tal modo que las obligaciones de buena fe de los trabajadores, no se desenvuelven en una situación normal de actividad, sino en un contexto de conflicto, todo lo cual le da un mayor margen de acción a los derechos de información y expresión⁴⁴, pudiendo así proferir expresiones

³⁹ STC 75/2010, de 19 de octubre y STC 100/2010, de 16 de noviembre. En el caso concreto de profesores de religión, vid. Castro Argüelles, M.A., "Delimitación y alcance de las responsabilidades derivadas del despido de una profesora de religión como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 66, 2012. La Administración pública es al responsable de las consecuencias laborales por la lesión del derecho fundamental. De tal modo que se le obliga a readmitir el trabajador. Mientras que el Obispo, pese a que no ostenta una relación laboral, ni contractual con el trabajador, es responsable de la indemnización por los daños morales. SSTS de 22 de octubre de 2009 y 30 de diciembre de 2010 y STC 75/2010, de 19 de octubre y art. 177.4 de la Ley 26/2011.

⁴⁰ Ferrando García, F.m., "Despido nulo: delimitación en caso de huelga", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V., 1997, pág. 5.

⁴¹ STC 6/2011, de 14 de octubre.

⁴² STC 75/2010, de 19 de octubre. Véase, Sempere Navarro, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., "¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?", *Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo*, enero, 2014, pág. 2.

⁴³ Lopez Ahumada, J.E., "Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º. 5214, 2006, pág. 4.

⁴⁴ Lopez Ahumada, J.e., "Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º. 5214, 2006, pág. 6.

en los cánticos, eslóganes y consignas propias de toda manifestación y los escritos de las pancartas que en situaciones de normalidad no serían tolerables⁴⁵.

Ahora bien, evidentemente, si la empresa no puede probar el incumplimiento laboral que alega, la consecuencia conllevará la calificación del despido como nulo y si se prueba el incumplimiento, pero no reviste la suficiente gravedad, entonces la calificación del despido sería improcedente⁴⁶.

Por el contrario, la mera participación pasiva en una huelga declarada como abusiva o ilegal no es causa justificativa de despido, aunque sí puede acarrear una sanción menor⁴⁷, salvo que las ausencias del trabajador alcancen las exigidas por el convenio colectivo aplicable para poder despedir, ya que en estos supuestos las ausencias no quedarían amparadas, obviamente, por el ejercicio del derecho fundamental⁴⁸.

Por regla general, la doctrina judicial gradualista requiere una participación activa en la huelga ilegal para que sea una causa de despido procedente. Así, cuando se tratase de una huelga salvaje llevada a cabo directamente por los propios trabajadores, obviando todos los requisitos formales exigidos normativamente⁴⁹ o coaccionar a los trabajadores no huelguistas, física o psicológicamente para intentar impedir su derecho a trabajar, increpándoles e insultándoles⁵⁰ o cuando el trabajador es designado para cubrir servicios mínimos y los incumple⁵¹. Más, en estos casos, cuando se forma parte del Comité de huelga o se es representante de los trabajadores, dado que en dicho caso, además del incumplimiento genérico de ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, recogido en el art. 52. 2 c) del ET, sería aplicable el específico de la letra d) del citado artículo que, considera causa de despido la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, al incurrir en un ejercicio abusivo de sus facultades como miembro del comité de huelga o representante de los trabajadores⁵².

Además en estos casos, si no se probara el incumplimiento que alega el empresario, al tratarse de una huelga ilegal, no se declararía la nulidad del des-

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000.

⁴⁶ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁴⁷ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 40/1995, de 13 de febrero.

⁴⁸ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁴⁹ Tascón López, R., “Reflexiones acerca de cómo el marco dado por el ejercicio «tácito» del derecho fundamental de huelga influye (aunque no haya sido expresamente alegado) en la valoración gradualista de las causas de despido disciplinario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 83, 2008, pág. 6.

⁵⁰ SSTs de 8 de abril de 1985, 18 de abril y 18 de julio de 1996 y 23 de junio de 1988.

⁵¹ STC 123/1990, de 2 de julio.

⁵² Gracia Alegria, G., “Despido disciplinario de representante de los trabajadores por hechos ocurridos principalmente durante el desarrollo de unas jornadas de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 56, 2010, pág. 4.

pido, sino su improcedencia⁵³. De este modo es legal despedir a los trabajadores que hubieran incurrido en estos incumplimientos graves y culpables, pero, por un lado, no se puede llevar a cabo despidos selectivos entre los mismos por razones discriminatorias⁵⁴, como por ejemplo despedir sólo a los miembros del Comité de Huelga⁵⁵ y, por otro, en sentido contrario, no se puede realizar despidos de forma genérica, esto es, sancionando a todos los trabajadores que formaban parte de la huelga, sino que las responsabilidades deben ser individuales por las acciones concretas llevadas a cabo por cada uno⁵⁶.

4.2. Prohibición de esquirolaje

4.2.1 Esquirolaje externo

El art. 6 del RDLRT, establece expresamente que en tanto dure la huelga, el empresario no podrá sustituir a los huelguistas por trabajadores que no estuviesen vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la misma, salvo caso de incumplimiento de los servicios de mantenimiento y seguridad, servicios mínimos o supuestos de emergencia⁵⁷.

Esta prohibición se extiende, asimismo, a los supuestos en los que el empresario recurra a la celebración de un contrato de puesta a disposición con una Empresa de Trabajo Temporal, con el fin de minorar la eficacia a la huelga (art. 8 a) de la Ley 14/1994). No obstante no hay una prohibición específica de acudir a mecanismos de contrata o subcontrata de obras o servicios⁵⁸. Así ocurre muchas veces en la práctica, especialmente en administraciones públicas que tienen externalizada algún servicio, como limpieza o recogida de residuos y al ponerse en huelga los trabajadores de la empresa privada contratista, la administración recurre a una empresa pública para llevar a cabo el servicio, así, por ejemplo, TRAGSA. Sin embargo, la doctrina mantiene que no se puede admitir con el único argumento de que no está expresamente prohibido, ya que en la práctica reduciría la eficacia de la huelga y, por ende, atentaría contra el

⁵³ Ferrando García, F.M., “Despido nulo: delimitación en caso de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, Vol. V., 1997, pág. 2.

⁵⁴ SSTs de 21 de mayo de 1984 y 30 de noviembre de 1982.

⁵⁵ STS de 26 de noviembre de 1990.

⁵⁶ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 53/1995, de 23 de febrero. Monereo Pérez, J. L. (Coord.), “Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica”, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 348 y ss.

⁵⁷ Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi, nº. 4011, 2002, pág. 3.

⁵⁸ Incluso podemos encontrar algunas sentencias en las cuales se ha admitido. Vid. STS de 27 de septiembre de 1999.

derecho esencial del derecho fundamental⁵⁹ y, en última instancia, se estaría sustituyendo a trabajadores huelguistas que es lo que prohíbe la normativa.

De este modo, es necesario que se sustituya a trabajadores de la empresa. Por lo tanto, no se estaría ante este supuesto cuando se trata de colaboradores externos habituales⁶⁰ o personal de refuerzo. Ahora bien, para que concurra tal supuesto, es necesario que la plantilla se encuentre al completo, entonces las contrataciones adicionales son de refuerzo y no sustituyen a nadie, de lo contrario, estamos ante sustitución⁶¹. No es un supuesto de sustitución, en cambio, cuando se trata de contratar a un número escaso de personal para actividades conexas⁶².

Ni tampoco cuando una empresa, que pertenece al mismo grupo que la empresa que se encuentra en huelga, acude a los servicios de una tercera, con el argumento que la huelga en una empresa del grupo no puede afectar a todas las demás⁶³. No obstante, en mi opinión, habría que diferenciar aquellos casos en que se pudiera aplicar los criterios jurisprudenciales de “alzamiento del velo” de la personalidad jurídica, esto es, plantilla única y caja única y en tales supuestos, especialmente cuando sea aplicable el criterio de plantilla única, habría que concluir que es un supuesto, más bien, de esquirolaje interno, al igual que lo sería desplazar trabajadores de un centro de trabajo a otro de la misma empresa.

Asimismo, cuando se trata de un servicio público, por ejemplo, hospitalario, transporte, etc., se puede derivar a los usuarios a otro centro o empresa, que ofrece el mismo servicio, aun cuando forme parte de la misma red pública. Así, por ejemplo pacientes de un hospital público en huelga que son derivados a otro hospital público⁶⁴.

4.2.2. *Esquirolaje interno*

De este modo el RDLRT contempla la prohibición del esquirolaje externo,

⁵⁹ Romeral Hernandez, J., “Vulneración del derecho de huelga por modificación del turno de trabajo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 36, 2011, pág. 2 y SEMPERE NAVARRO, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2.

⁶⁰ STS de 15 de abril de 2005.

⁶¹ Hierro Hierro, F.J., “Distintos cuestionamientos acerca de la actitud empresarial como vulneradora del derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi, n.º. 8422, 2004, pág. 5.

⁶² STC 123/1992, de 28 de septiembre.

⁶³ SAN de 29 de julio de 2013. Vid. Sempere Navarro, A.V., y San Martín Mazzucconi, C., “¿Puede una empresa minorar los efectos de la huelga?”, Noticias Breves, Gomez-Acebo & Pombo, enero, 2014, pág. 2.

⁶⁴ De Val Tena, A.I., “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, n.º. 5214, 2001, págs. 6 y 7.

pero no el supuesto de esquirolaje interno⁶⁵, esto es, la facultad que tiene la empresa, mientras dure la huelga, de emplear sus poderes ordinarios de dirección. Este supuesto, como tantos otros, ha tenido que ser interpretado por la jurisprudencia, que estima que el empleo de las facultades ordinarias de dirección por parte de la empresa, por ejemplo, movilidad funcional y geográfica, que es perfectamente legítimo en situaciones de normalidad, esto es, cuando no hay un conflicto, no se puede admitir durante una huelga con el pretexto de que no está expresamente prohibido, puesto que tales facultades empresariales pueden, no obstante, reducir la eficacia de la huelga y, por ende, atentar contra el derecho esencial del derecho fundamental, convirtiéndose en abusivas, ya que el derecho de huelga goza de una jerarquía preeminente a los derechos que pueden amparar dichas facultades como son la libertad de empresa, etc.⁶⁶.

Debiendo el demandante aportar indicios de la vulneración, invirtiendo la carga de la prueba, lo cual comportará la imposición del abono de una indemnización por parte de la empresa⁶⁷.

De este modo resulta ilícito, mientras dure la huelga, por ejemplo, realizar horas extraordinarias, reorganizar la plantilla que no participa en la huelga, cambiando turnos⁶⁸ o modificando el calendario laboral⁶⁹, de tal modo que se convoca a los trabajadores en días que se habían establecido como no laborales o derivar la actividad a otros centros de trabajo, de forma que deje sin efecto el ejercicio del derecho a la huelga⁷⁰. No es necesario que se sustituya por completo todas las funciones de los trabajadores que participan en la huelga, sino que es suficiente con que se sustituya parte o incluso una de las funciones, por

⁶⁵ García Salas, A.i., “Sustitución interna de trabajadores en huelga: la delimitación de esquirolaje interno dentro de la legalidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. IV, 1998, González de la Aleja, R., “Algunas reflexiones sobre el esquirolaje interno”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 62, 1993, pág. 975, Goerlich Peset, J.M., “Los efectos de la huelga”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 96, De Val Tena, A.L., “La prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas: sobre un posible comportamiento empresarial contrario al derecho de huelga”, *Revista Aranzadi Social*, n.º 14, 2001 y Hierro Hierro, F.J., “Distintos cuestionamientos acerca de la actitud empresarial como vulneradora del derecho de huelga”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 8422, 2004, pág. 2.

⁶⁶ STC 123/1992, de 28 de septiembre, STC 18/2007, de 12 de febrero y STC 33/2011, de 28 de marzo. Vid. Cavas Martínez, F., “Derecho de huelga y sustitución de trabajadores huelguistas. Límites jurídicos al “ius variandi” empresarial”, *La Ley*, n.º 2, 1993.

⁶⁷ Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º 11, 2002, pág. 4. SSTS de 22 de julio de 1996 y 30 de enero de 1997.

⁶⁸ Romeral Hernández, J., “Vulneración del derecho de huelga por modificación del turno de trabajo”, *Aranzadi Social*, n.º 5, 2011.

⁶⁹ Carrizosa Prieto, E., “La alteración empresarial del calendario laboral como medida lesiva del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º 86, 2012.

⁷⁰ Gordo González, L., “El contenido esencial del derecho de huelga: prohibición del esquirolaje interno”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º 20, 2012, págs. 5 y 6.

trabajadores no huelguistas, que tenían asignadas otras tareas antes del inicio del conflicto⁷¹, pues, el derecho de los trabajadores no huelguistas a trabajar, no les legitima para reducir o incluso anular los efectos de la huelga. De lo contrario, se vaciaría de contenido el derecho de huelga⁷².

Ahora bien, parece que la prohibición sólo es efectiva mientras dure la huelga. De tal modo que no se puede considerar una práctica de esquirolaje interno la recuperación de la actividad perdida mediante la realización de horas extraordinarias, cambios de turno o modificación de calendario laboral, etc., una vez transcurrida la huelga⁷³. No obstante, se ha criticado, con acierto, a mi modo de ver, esta postura, pues aun cuando no sería estrictamente un supuesto de esquirolaje interno, pues no se puede sustituir trabajadores en huelga cuando la huelga ha finalizado, no es menos cierto que resulta lesivo para el derecho fundamental, pudiendo en la práctica vaciarlo de contenido⁷⁴. Efectivamente, de esta forma el empresario podría, bien en los días justo anteriores a la huelga intensificar la producción, en previsión de la bajada de la misma que supondrá la huelga, bien, recuperar en los días posteriores a la huelga aumentando la producción. Si bien, esto sólo se podría predicar de aquellas actividades que constituyan producción de bienes, pues en las que sean prestación de servicios, la interrupción de la prestación del servicio durante la huelga, ya es imposible recuperar obviamente. Con la problemática, de difícil resolución, de hasta cuándo se consideraría lesivo del derecho de huelga.

4.2.3. Empleo de medios tecnológicos

En cuanto al empleo de medios automáticos o mecánicos para sustituir a los trabajadores en huelga, lo que se ha dado en denominar como esquirolaje tecnológico⁷⁵, la jurisprudencia ha estado dividida desde un primer momento y posteriormente ha ido modificando su postura. Así, en un primer momento, el TS lo admite con el argumento de que no existe precepto alguno que lo prohíbe⁷⁶. Ahora bien, es evidente que, dependiendo de la actividad en la que se haya declarado la huelga, si es un sector que está ya de por sí, esto es habitualmente, automatizado en un alto grado, la utilización de los medios técnicos de los que habitualmente dispone la

⁷¹ STC 34/2011, de 28 de marzo.

⁷² STS de 24 de octubre de 1989. Al respecto, véase Alzaga Ruiz, I., “La sustitución interna de los trabajadores huelguistas: un supuesto de vulneración del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º. 11, 2002, págs. 2 y 3.

⁷³ STSJ de Castilla-La Mancha 728/2001, de 5 de julio.

⁷⁴ Carrizosa Prieto, E., “La alteración empresarial del calendario laboral como medida lesiva del derecho de huelga”, *Aranzadi Social*, n.º. 86, 2012, pág. 4.

⁷⁵ Para un análisis extenso de este supuesto. Véase, López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n.º. 5, 2013, pág. 11.

⁷⁶ SSTs de 27 de septiembre de 1999 y 4 de julio de 2000, 9 de diciembre de 2003, 15 de abril de 2005 y 11 de junio de 2012.

empresa puede llegar a atenuar o limitar las consecuencias de la huelga hasta un punto que no tenga incidencia en la actividad empresarial, vaciando de contenido el derecho de huelga. Esto se puede apreciar de forma gráfica en el sector Radiotelevisivo. Así, por el contrario, el TC lo prohíbe desde un primer momento, con el argumento que si bien hay ciertos programas que pueden ampararse en el derecho constitucional de informar y comunicar del art. 20 de la CE, como los espacios informativos, la mayoría de la programación no reviste el rango amparado por dicho derecho fundamental, sino que está desprovisto de todo contenido e interés informativo, revistiendo un carácter, más bien, de puro entretenimiento. De tal modo que el derecho fundamental a la huelga no tiene por qué verse limitado por esta actividad, que puede grabarse y posteriormente programarse para emitirse sin la intervención de mano de obra, durante una huelga y que acabaría por vaciar de contenido a la misma⁷⁷, ya que la misma no tendría incidencia en la actividad empresarial y, por lo tanto, tendría una nula repercusión o transcendencia social⁷⁸.

En consecuencia, esta jurisprudencia del TC, hace que el TS también modifique su postura, haciendo suya los argumentos del TC, en cuanto a que el derecho de huelga puede verse vulnerado por la sustitución de trabajadores por medios tecnológicos, privando a los trabajadores materialmente del ejercicio de dicho derecho fundamental⁷⁹.

No obstante, a mi modo de ver, aun cuando esto es cierto, es imprescindible diferenciar aquellas actividades que emplean mano de obra en situaciones normales y habituales, esto es, cuando no hay conflictos sociales, de aquellas otras que no la emplean, es decir que están plenamente automatizadas o mecanizadas.

En las primeras, será posible sustituir mano de obra por medios tecnológicos durante una huelga, mientras que, en las segundas, no hay sustitución de trabajadores, sino continuidad del empleo habitual y normal de medios tecnológicos y, por ende, resulta imposible subsumir el supuesto en el de esquirolaje, que requiere inexorablemente el requisito de sustitución de trabajadores.

Luego en este segundo caso, en actividades que están plenamente automatizadas, durante una huelga, sólo se podrá limitar las mismas por la fijación de los servicios mínimos establecidos, previo la declaración como esencial de la actividad correspondiente, pero no por la pretensión de prohibir la actividad bajo el pretexto que es un supuesto de esquirolaje, ya que no es así, porque no hay sustitución de trabajadores.

A nadie se le escapa que esta práctica puede ir extendiéndose cada vez más con el paso de los años y a más actividades, conforme el estado de la tec-

⁷⁷ STC 183/2006, de 19 de junio.

⁷⁸ López Lluch, M.I., “El derecho de huelga: nueva doctrina sobre el “esquirolaje tecnológico” en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de diciembre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº. 5, 2013, pág. 11.

⁷⁹ STS de 5 de diciembre de 2012.

nología vaya avanzando. Sin embargo, esto es inevitable, pues el esquirolaje requiere de la sustitución de mano de obra y no se puede aplicar en aquellas actividades que no la empleen. Por ello, sería necesario, modificar dicha doctrina, dejando de hablar de esquirolaje tecnológico y de la sustitución de mano de obra por medios tecnológicos y simplemente prohibiendo la utilización de medios tecnológicos que no requieren de mano de obra durante una huelga más allá de los establecidos en los servicios mínimo, en su caso, por vulnerar le contenido esencial del derecho de huelga, ya que priva a los trabajadores materialmente del ejercicio de su derecho a la huelga.

5. EL DERECHO A DIFUNDIR Y HACER PÚBLICO EL CONFLICTO

La finalidad de la huelga es la de lograr unas reivindicaciones concretas⁸⁰, y a tales efectos se hace público no sólo el hecho del conflicto⁸¹, sino que se puede difundir las cuestiones litigiosas⁸². Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna⁸³. Sin embargo, dicha publicidad no puede amparar contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa⁸⁴.

Así, los trabajadores tienen el derecho a celebrar reuniones para informar y expresar sus reivindicaciones⁸⁵, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición⁸⁶, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales⁸⁷. Siempre de acuerdo con el deber de buena fe⁸⁸. Lo que nos lleva a analizar las libertades de expresión e información durante la huelga, así como los piquetes informativos.

5.1. Las libertades de expresión e información

La libertad de expresión viene definida en el propio art. 20 de la CE como el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

El trabajador, como ciudadano que es, puede ejercer su derecho a la libertad de expresión, si bien al estar inserto en una organización empresarial, tal derecho

⁸⁰ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁸¹ STC 332/1994, de 19 de diciembre.

⁸² STC 120/1983, de 15 de diciembre.

⁸³ Art. 6.6. del RDLRT.

⁸⁴ STS de 12 de febrero de 2013.

⁸⁵ Arts. 20.1 CE, 68 ET y 8 LOLS.

⁸⁶ STC 137/1997, de 21 de julio.

⁸⁷ STC 254/1988, de 21 de diciembre.

⁸⁸ Art. 5 ET.

se encuentra con ciertos límites algunos comunes a todos los ciudadanos y otros específicos por el hecho de ser trabajador. De este modo, cuando nos situamos en el ámbito de una relación laboral las manifestaciones de una parte respecto de la otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que se derivan de la existencia de tal relación, pues el contrato entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente en el marco de dicha relación⁸⁹.

Es importante diferenciar aquí la libertad de expresión de la libertad de información. Esta última se limita a manifestar unos hechos concretos a dar una noticia. Mientras que la libertad de expresión ampara juicios de valor, ideas y pensamientos sobre unos hechos en cuestión⁹⁰. Así, de forma general, cuando se trata de libertad de información la información transmitida debe ser veraz, si bien subjetivamente, esto es, el trabajador debe estar convencido que lo que ha dicho es veraz y contrastado, aunque luego se probara que estuviera equivocado de forma objetiva, con todo lo que ello entraña en cuanto a la dificultad de la prueba. Así, por ejemplo, divulga algo que ha visto en internet acerca de la empresa, que luego se prueba que es mentira (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 107/1988 y 57/1999, de 12 de abril). En cambio, la libertad de expresión, al tratarse de juicios de valor, no deja de ser algo intangible o abstracto y, en consecuencia, no está sujeto a esa prueba de veracidad⁹¹. Si bien, en la práctica, como destaca la doctrina, la delimitación no suele ser tan meridiana en cuanto que la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo⁹².

Se deberá respetar el honor, la dignidad y la intimidad de los demás⁹³. Ahora bien, pese a que en una primera etapa, la jurisprudencia protegía el interés particular de la persona ofendida sin más, de tal modo que si se había lesionado su honor, se consideraba que se había extralimitado en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión⁹⁴. En la actualidad, aun cuando se lesione el derecho al honor de una persona, este perjuicio estaría justificado si se sustenta en un interés general o público, superior al interés individual o particular⁹⁵.

⁸⁹ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

⁹⁰ STC 214/1991, STC 20/2002 y STC 139/2007.

⁹¹ STC 9/2007,

⁹² Palomeque López, C., "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", AA. VV., Dir. Sempere Navarro, A. V., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ed. AS, Madrid, 2003, pág. 244.

⁹³ Así, lo reconoce además, expresamente el propio art. 20.4 de la CE.

⁹⁴ STC 120/1983, STC 413/1983, STC 414/1983 y STC 175/1985.

⁹⁵ STC 104/1986, STC 159/1986, STC 20/1992 y STEDH de 13 de febrero de 2003.

Además, la jurisprudencia añade que el ejercicio del derecho se haga de acuerdo con el principio de buena fe y sin abuso de derecho⁹⁶, dando prevalencia incluso al deber de buena fe, sobre ese interés público⁹⁷. No obstante, este requisito ha sido duramente criticado por la doctrina, acertadamente, ya que de este modo, el principio de buena fe, que supone un principio general de interpretación, se convierte en un criterio determinante para la resolución de conflictos de derechos fundamentales⁹⁸. Se acaba por resucitar, de épocas anteriores, el genérico deber de lealtad del trabajador, en la práctica⁹⁹, por mucho que formalmente la jurisprudencia insista que éste deber ya no está vigente¹⁰⁰.

A tales efectos se debe realizar un ejercicio de ponderación entre los intereses en juego, el público y el individual¹⁰¹. De este modo, la libertad de información estará justificada cuando “los hechos o expresiones tengan interés público, que sean relevantes para la comunidad, y que la información sea veraz¹⁰². Si bien esa exigencia de veracidad se mide subjetivamente, esto es, el trabajador debe estar convencido que lo que ha dicho es veraz y contrastado, aunque luego se probara que estuviera equivocado de forma objetiva”¹⁰³, no simples rumores¹⁰⁴. Mientras que se amparará la libertad de expresión “cuando no se incluyan expresiones injuriosas, superfluas a la hora de ayudar a la formación de la opinión pública¹⁰⁵”. De tal forma que no se pueden verter injurias y calumnias¹⁰⁶. Se admite la crítica¹⁰⁷, pero no el insulto¹⁰⁸.

De forma específica, en cuanto a límites derivados de su condición de trabajador, podemos destacar:

⁹⁶ STC 6/1988.

⁹⁷ STC 126/2003.

⁹⁸ Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 8, 1990, pág. 293 y Baylos Grau, A., “El Derecho del Trabajo: modelo para armar”, Ed. Trotta, Madrid, 1991, pág. 99.

⁹⁹ Goñi Sein, J.L., “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Pamplona, días 29 y 30, de 2014, pág. 50.

¹⁰⁰ SSTC 120/1983, 186/1996, 213/2002.

¹⁰¹ Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰² STC 104/1986. Vid. Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰³ STC 437/2006.

¹⁰⁴ SSTC 4/1996 y 197/1998.

¹⁰⁵ Padilla Ruiz, P., “El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 4, 2011.

¹⁰⁶ STC 139/2007.

¹⁰⁷ SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001 y 20/2002.

¹⁰⁸ SSTC 204/1997, 134/1999, 6/2000, 29/2001 y 181/2006 y Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009.

Que no debe existir legal, convencional o contractualmente una obligación de guardar secreto profesional, esto es, de no desvelar cierta información relativa a su puesto de trabajo o a la empresa en general, como ocurre con los representantes legales y el deber de sigilo¹⁰⁹ (SSTC 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero).

La libertad de expresión se interpreta por parte de la jurisprudencia de una forma más restringida cuando se dirige al ámbito exterior a personas ajenas a la empresa o a la opinión pública, que cuando se emplea dentro de la empresa, entre compañeros o representantes de los trabajadores, debido al mayor riesgo que ello entraña para el prestigio de la empresa (STC 126/1990, de 5 de julio).

Asimismo, siempre es necesario ponderar las concretas circunstancias de los hechos y el contexto. Así, no es lo mismo insultar un jefe sin previa provocación que contestar a un insulto previo, que cuando se le acaba de sancionar a un trabajador o cuando se está en una manifestación y se están profiriendo los cánticos, eslóganes y consignas propias de toda manifestación y los escritos de las pancartas¹¹⁰. Además, cuando se ejerce en el contexto de una huelga, como es el caso que nos concierne, como destaca la doctrina, estarían comprendidos dentro de la libertad sindical¹¹¹. De tal modo que las obligaciones de buena fe de los trabajadores y, muy especialmente las de sigilo de los representantes, no se desenvuelven en una situación normal de actividad, sino en un contexto de conflicto, todo lo cual le da un mayor margen de acción a los derechos de información y expresión¹¹², pudiendo informar sobre todos los temas que directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales¹¹³, siempre que no tengan el carácter de confidencial desde una perspectiva objetiva, esto es, sin que sea suficiente que la empresa los haya calificado como tales de forma unilateral¹¹⁴.

Los trabajadores en huelga, sus representantes legales y las organizaciones sindicales pueden ejercer su derecho de reunión para el desenvolvimiento del derecho de huelga, sin que la prohibición legal de ocupar el centro de trabajo pueda entenderse como regla impeditiva del derecho a reunión, y siempre y

¹⁰⁹ Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 5214, 2006.

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000.

¹¹¹ Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 5214, 2006, pág. 4.

¹¹² Lopez Ahumada, J.E., “Ejercicio de los derechos de información y expresión en el caso de huelga: ¿posible aplicación del deber de sigilo profesional?”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, n.º 5214, 2006, pág. 6.

¹¹³ STC 168/1996, de 25 de noviembre.

¹¹⁴ STS de 13 de diciembre de 1989.

cuando dicha reunión sea pacífica y no coaccione o impida los derechos del resto de personas. La huelga como ejercicio de un derecho fundamental implica un *deber del empresario de no obstaculizar el paro de los trabajadores*. En nuestro sistema el empresario no puede recurrir libremente al cierre patronal como medida de conflicto¹¹⁵.

En lo que concierne a la actividad sindical¹¹⁶ en la utilización del correo electrónico, en lo que nos concierne, durante una huelga, es evidente que es un medio por el cual sirve de vía de transmisión de información de comunicación entre el representante sindical y los trabajadores y que en todo caso el empresario tiene el deber de respetar¹¹⁷, sin embargo, es necesario hacer alguna precisión a tenor de lo que el TC¹¹⁸ ha tenido por bien pronunciarse al respecto.

En primer lugar, en la utilización del correo electrónico no puede interferirse en lo que debe entenderse como la actividad que la empresa tiene normalmente. Es decir, no será un uso apropiado del correo electrónico si por esta vía se envían de forma masiva tantísimos e-mails que sobrepasen la capacidad del servidor para canalizarlos y por tanto inutilicen esta vía para la

¹¹⁵ SSTs de 10 de marzo y 9 de junio de 1982, 18 de julio de 1986, 20 de marzo de 1991 y STC 11/1981, de 8 de abril.

¹¹⁶ En opinión de algún autor son los Convenios Colectivos los que en los últimos tiempos están garantizando el ejercicio del derecho sindical en las nuevas tecnologías, ya que, si nos referimos al ámbito legal, todavía existen limitaciones a este respecto. Vid. Piñero Royo, M. y Lázaro Sánchez, L., "*Los derechos on-line en el ordenamiento laboral español: estado de la cuestión*.", http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC02/DYC002_A07.pdf

¹¹⁷ Uno de los aspectos en los que las nuevas tecnologías han supuesto un cambio en la forma de llevar a cabo la labor sindical es precisamente la del correo. Antes de la existencia de éste, se utilizaba por parte de los representantes unitarios de los trabajadores y de las secciones sindicales el tablón de anuncios que servía como medio para comunicarse con los trabajadores afiliados y también por extensión al resto de los trabajadores (art. 8.2 a) LOLS). Además el empresario debía facilitar diversos aspectos tales como: servicio telefónico, escritorios, máquina de escribir, fotocopiadora, etc. Con la aparición del correo electrónico en parte se ha ganado en facilidad a la hora de cumplir con las obligaciones sindicales pero también es cierto, y son palabras del TC, que las empresas no están obligadas a tener una infraestructura informática para llevar a cabo el uso sindical. En el uso del correo también impone una serie de condiciones como son principalmente la de no perjudicar la actividad normal de la empresa en el uso de la acción sindical como tampoco que cause mayores costes de los normales al empresario. Así, reconoce el Alto Tribunal que el empresario debe en todo caso respetar la labor sindical sin entorpecer la actividad empresarial. Vid. Domínguez Martín, A., "*La conflictividad entre el control empresarial y la intimidad del trabajador*", Ed. Lex nova: La revista, N.º 51, 2008, págs. 28 y ss. Vid. STC 281/2005, STSJ Castilla y León/Burgos de 30 de julio de 2007. Vid. Roldán Martínez, A., "*El derecho de los representantes de los trabajadores a utilizar los medios electrónicos de comunicación propiedad de la empresa*", Aranzadi Social n.º 11/2008 parte Estudio, Pamplona, edición electrónica y Sempere, A.V. y Navarro Mazzucconi, C., "*El uso sindical del correo electrónico a la luz de la STC 281/2005*", Aranzadi Social, n.º 17/2005 parte Tribuna, 2005, edición electrónica.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 281/2005, de 7 de noviembre. Vid. García Murcia, J., "*Tres sentencias recientes del TS sobre derechos de los trabajadores y sus representantes en el ámbito de la empresa*", La Ley, n.º 260, mayo 2012, edición electrónica.

transmisión y recepción de e-mails por el resto del personal de la empresa. Por tanto, tiene que realizarse un uso proporcional y adecuado de esta vía para la comunicación de información¹¹⁹.

En segundo lugar, el empresario podrá determinar en qué condiciones se podrá utilizar el correo electrónico para esta finalidad. En aras de proteger el adecuado funcionamiento de la red y del correo electrónico principalmente, podrá concretar los criterios que se deben observar teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional¹²⁰ no admite en ningún caso que se impongan barreras a la efectividad de dicho derecho¹²¹ en tanto supondría una vulneración del mismo¹²².

5.2. Piquetes informativos

En consecuencia, los derechos de informar y expresar sus reivindicaciones, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición, solicitando pacíficamente la adhesión a la misma y a la participación en acciones colectivas legales, justifica la existencia de piquetes pacíficos informativos, que no intimiden ni coaccionen a trabajadores que pretendan ejercer su derecho a no participar en la huelga¹²³, así como trabajadores de empresas contratistas o

¹¹⁹ Roig Botella, A., “*El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 114.

¹²⁰ En opinión de algún autor ha expresado que “*Con carácter general, si bien con excepciones, puede dimanarse una cierta tensión doctrinal entre los pronunciamientos del TC y los de rango inferior: de tal manera que el primero de ellos se ha mostrado, en general, mucho más propenso a reconocer, con pocas limitaciones, el pleno ejercicio del derecho a la intimidad por parte del trabajador en el ejercicio de las relaciones laborales*”. *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Cuadernos de Derecho judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 210.

¹²¹ Vid. STS de 17 Mayo de 2012, en el que el tribunal desestima la demanda presentada por los sindicatos al sostener que los costes que supondría la creación de 6.500 emails a cada uno de los trabajadores perjudicaría económicamente al empresario, y en consecuencia ante la inexistencia de la obligación de incorporar nuevas infraestructuras que conlleven gastos rechaza la solicitud de los sindicatos. No obstante, también rechaza la posibilidad de utilizar la intranet de la empresa como vehículo de comunicación entre trabajadores y sindicatos, en buena medida por los gastos económicos que supondría, y a este respecto considero que dicho criterio es cuanto menos criticable, en tanto los gastos que supone introducir datos en un portal como es la intranet no genera los mismos gastos que la creación de tantas cuentas de emails para tantos empleados. Por otro lado, si no se concede la creación de cuentas de correo tomando como argumento el coste económico, considero que se debería haber permitido la solicitud de utilizarlo como medio de comunicación, porque en mi humilde opinión, dicha intranet haría el papel de un tablón de anuncios para conocer información sindical, y no respetar dicho aspecto supondría conculcar los derechos sindicales de los trabajadores. Más si cabe, cuando la intranet de algunas administraciones públicas son utilizadas como medio de comunicación para transmitir información a sus empleados.

¹²² Roig Botella, A., “*El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*”, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 114.

¹²³ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STS 362/1999, de 11 de marzo.

de ETT¹²⁴ o los encargados de realizar los servicios de mantenimiento y seguridad¹²⁵, clientes o terceros que intenten acceder a la empresa, ni física ni psicológicamente¹²⁶, por ejemplo, insultándoles o amenazándoles¹²⁷, ni mucho menos impidan el acceso al trabajo mediante actos violentos, sino que informen y soliciten la adhesión a la huelga mediante medios pacíficos.

Se debe respetar el derecho al trabajo de los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga. Se debe ejercer el derecho conforme a los principio de la buena fe, pacíficamente¹²⁸. De tal modo que si no se respeta el derecho de no adherirse a la huelga y a trabajar, que se reconoce en el art. 6.4 del RDLRT, mediante, por ejemplo, la fórmula de piquetes masivos, que impiden la entrada al trabajo¹²⁹, existirá abuso en el ejercicio del derecho y no estará amparado por el art. 28 de la CE¹³⁰, al vulnerarse otros derechos consagrados en el texto constitucional, como la libertad de trabajar e incluso otros derechos fundamentales como la dignidad de la persona o su integridad física y moral¹³¹, convirtiendo la huelga en ilícita¹³². Sin que sea necesario que la acción de los piquetes constituya un ilícito penal¹³³. Si bien, como hemos visto, la empresa puede sancionar a los trabajadores que participen en acciones ilícitas o abusivas, no obstante, no lo puede hacer de forma genérica, esto es, sancionando a todos los trabajadores que formaban parte del piquete, sino que las responsabilidades deben ser individuales por las acciones concretas llevadas a cabo por cada uno¹³⁴.

¹²⁴ Art. 8. a) de la Ley 14/1994, de 1 de junio y STC 123/1992 de 28 de septiembre y 66/2002, de 21 de marzo.

¹²⁵ ATC 193/1999, de 21 de julio.

¹²⁶ ATC 36/1989, de 23 de enero y ATC 71/1992, de 9 de marzo.

¹²⁷ STC 333/1994, de 19 de diciembre y STC 40/1995, de 13 de febrero.

¹²⁸ POQUET CATALÁ, R., “Servicios esenciales y derecho de huelga”, Revista doctrinal Aranzadi Social, nº. 3, 2013, pág. 3.

¹²⁹ ALONSO OLEA, M., “Derecho del Trabajo”, Ed. Civitas, Madrid, 2009, pág. 1255.

¹³⁰ STC 37/1988, de 17 de febrero.

¹³¹ STC 137/1997, de 21 de julio.

¹³² STC 332/1994, de 19 de diciembre.

¹³³ Alonso-Olea García, B., “Sobre el ámbito y lo que no incluye el derecho de huelga, su ejercicio lícito y sus límites. Comentario a la STC 104/2011, de 20 de junio”, Revista española de Derecho del Trabajo, 2012, pág. 20.

¹³⁴ STC 332/1994, de 19 de diciembre y STC 53/1995, de 23 de febrero. Monereo Pérez, J. L. (Coord.), “Derecho de huelga y conflictos colectivos. Estudio crítico de la doctrina jurídica”, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 348 y ss.

INEQUIDADES DISTRIBUTIVAS DE LA PREVISIÓN SOCIAL CONTRIBUTIVA. APROXIMACIÓN AL CASO ARGENTINO

SOL T. MINOLDO

Doctora en Ciencias Sociales, CIECS-CONICET, Argentina
Con la colaboración de *Marcelo Javier Sazatornil*
Ingeniero en Sistemas

EXTRACTO

Palabras clave: Previsión social, vejez, equidad, protección social

El presente artículo se ocupa de desarrollar, y medir en Argentina, indicadores para evaluar la (in)equidad de la protección social de la vejez en sistemas previsionales con criterios de acceso y distribución de tipo contributivos. El análisis se centra en la incidencia de la estratificación por género y niveles de ingreso, ponderando las diferenciales calidades de protección -entendidas como capacidad para satisfacer necesidades- y los niveles de concentración del gasto previsional.

Se concluye que los mecanismos contributivos de acceso y distribución llevan a que en Argentina, en función del género y el nivel de ingreso, la calidad de protección se segmente y el gasto previsional se concentre. En contraste, la introducción de mecanismos de inclusión no contributivos y el distanciamiento de la norma de "sustitución de ingresos" en la última década, evidencian un impacto favorable en relación a la equidad de la protección social de la vejez.

ABSTRACT

Key words: Social Security, old age, equity, social protection

This article is concerned with developing, and measuring in Argentina, indicators to assess the (in) equity of social protection in old age pension systems with contributory criteria of access and distribution. The analysis focuses on the impact of stratification by gender and income level, weighting the differential protective qualities -understood as ability to meet needs - and concentration levels of pension spending.

It is concluded that, in Argentina, contributory mechanisms for access and distribution cause protection segmentation and spending concentration, by gender and income level. In contrast, the introduction of non-contributory mechanisms of access and the alienation from the "income replacement" criteria in the last decade, show a favourable impact in regards to equity of social protection in old age.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO CONCEPTUAL
 - 2.1. Paradigmas histórico-políticos de seguridad social
 - 2.2. El carácter restrictivo del derecho en los paradigmas contributivos
 - 2.3. La Equidad, o la igualdad “real” entre diferentes
3. METODOLOGÍA
 - 3.1. Variables
 - 3.2. Fuentes de datos utilizadas
 - 3.3. Definiciones
 - 3.4. Consideraciones en torno al ingreso de referencia para ponderar la calidad de la protección
 - 3.5. Período de análisis
4. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE MICRO BASES EPH
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA
7. GRÁFICOS

1. INTRODUCCIÓN

Sean sistemas de reparto o de capitalización, de gestión pública o privada, los sistemas previsionales vinculados a los paradigmas de seguro y seguridad social tienden a proporcionar protección como respuesta a un derecho laboral (del trabajador mercantil formal). En general se trata de sistemas contributivos, lo que significa que son financiados principalmente por aportes contribuciones y que además la contribución del potencial beneficiario opera como una condición de acceso a la protección: así, la pensión se encuentra condicionada a una historia contributiva completa (de una cierta cantidad de años establecida institucionalmente), a la vez que el nivel de ingresos durante la vida activa incide en la determinación del valor del beneficio recibido.

Si bien existen muchos aportes académicos e institucionales que problematizan el carácter excluyente del acceso a la protección en los sistemas contributivos y hacen hincapié en la necesidad de extender la cobertura (OIT, 2002; Bertranou, 2004; AISS, 2009, 2010; Naciones Unidas, 2010 y CEPAL 2006 y 2012), son menos corrientes los cuestionamientos a sus prestaciones estratificadas en relación a los niveles de ingresos durante la vida activa, es decir, según tasas de sustitución, o bien en alguna proporción con los aportes realizados.

En la medida que se establece una relación entre los beneficios obtenidos y los ingresos laborales durante la vida activa, los sistemas previsionales de tipo contributivo resultan, como mecanismo de distribución, en una emulación de las desigualdades acumuladas a lo largo de la vida laboral. De este modo, incluso en los sistemas de previsión social públicos de reparto, en los que suele aludirse a su carácter solidario, la solidaridad es una solidaridad restringida a la dimensión intergeneracional propia de sistemas contributivos públicos (que se

produce sólo en las transferencias verticales, es decir entre generaciones, pero no entre los miembros de una misma generación en desiguales condiciones materiales). En el caso de los sistemas públicos, aunque suelen operar mecanismos internos de solidaridad como prestaciones mínimas o prestaciones no contributivas que atenúan la inequidad que refleja el sistema de pensiones respecto de la desigualdad social entre trabajadores, tales medidas no confrontan ni alteran el patrón distributivo inequitativo predominante cuando las prestaciones se vinculan a tasas de sustitución de ingresos, ni anulan las inequidades vinculadas a la condicionalidad contributiva del acceso (resultando ya sea en exclusión, o bien en una protección de menor calidad).

Esta lógica de protección estratificada, naturalizada durante décadas, se basa en uno de los objetivos de la previsión social que consiste en proporcionar “seguridad” frente a la pérdida de ingresos del mercado de trabajo, de lo que se deduce el criterio de los beneficios de “sustitución de ingresos”. El patrón estratificado de los beneficios previsionales se vincula además con la lógica de seguro con la que estos sistemas fueron originariamente diseñados, de modo que resulta consistente que exista proporcionalidad entre la participación en el financiamiento y el beneficio obtenido.

Ahora bien, distribuir entre los beneficiarios prestaciones que representen iguales niveles de sustitución de ingresos, supone necesariamente que el sistema proporciona muy diferentes calidades¹ de protección, mayores entre aquellos beneficiarios que obtuvieron mayores ingresos durante su vida activa. La calidad de la protección en este caso es definida como capacidad de satisfacción de necesidades (Danani y Becaria, 2011) y por ello, a partir de la capacidad de consumo de las prestaciones. Frente a este hecho, el perfil distributivo de los sistemas previsionales se torna incompatible con el concepto de equidad, en la medida que se constate que tal estratificación perjudica particularmente a sectores desventajados por cuestiones socioeconómicas o factores adscriptivos, como ser el género. La equidad es en este caso definida como el reconocimiento de desventajas acumuladas que, ya sea por adscripción o por el efecto del mercado², constituyen desiguales oportunidades de acceso o de punto de partida, y deben ser compensadas (Hernández-Álvarez, 2008; Mokate, 200; Robles, 2009; CEPAL, 2000; Molina, 2006)

¹ Respecto de la calidad de la protección, se la define aquí como su capacidad para satisfacer necesidades y se utiliza la metodología de Danani y Becaria (2011), que consideran ingresos de referencia para evaluar la calidad de los haberes jubilatorios en función del valor de canastas básicas de consumo.

² En la literatura de estudios de género, por ejemplo, el concepto de equidad es antepuesto al de igualdad al entender que en el mundo concreto las diferencias generan desventajas que han de ser contempladas y compensadas por la política social ya que, de lo contrario, se produciría una discriminación en términos reales a aquél colectivo cuyas desventajas no son tenidas en cuenta (en este caso, el género femenino).

Por ello, con el fin de evaluar la equidad en los sistemas previsionales contributivos, luego de realizar algunas aclaraciones conceptuales, este artículo propone indicadores y los aplica al estudio del caso argentino, con el objetivo de dimensionar la inequidad que resulta del perfil distributivo de sistemas previsionales con criterios de acceso y distribución de tipo contributivos, y por tanto con una protección de calidad estratificada. Observando las brechas de calidad de los haberes y la concentración del gasto previsional en función del género y el estrato de ingreso de pertenencia (en relación a los ingresos del hogar) será posible tomar dimensión de algunas implicancias sociales relevantes del esquema contributivo de previsión social, así como del impacto que tienen en relación a la equidad los mecanismos solidarios que pueden introducirse en el sistema, ya sea en relación al acceso a la protección (con la inclusión de beneficiarios que no accederían contributivamente) o a la homogenización del valor de las prestaciones (como el establecimiento de prestaciones mínimas próximas al valor de la prestación media). Aún así, este trabajo señala que tales mecanismos solidarios deberían ser, antes que atenuantes al patrón inequitativo que predomina en los sistemas de previsión social contributiva, el eje sobre el cual debiera estructurarse el acceso y la distribución de beneficios previsionales.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. Paradigmas histórico-políticos de seguridad social

El paradigma contributivo de previsión social se corresponde con premisas propias de determinadas maneras de entender la protección social, el objeto de la previsión social en particular y, en definitiva, el fundamento mismo del derecho a una protección en la vejez. Los modelos bismarckiano y el beveridgeano fueron los que sentaron los principales paradigmas político-ideológicos referidos a la previsión social, y sus premisas continúan vigentes en nuestros días como fundamento de la existencia de los sistemas previsionales y de sus características fundamentales.

El modelo de Bismarck

Entre 1883 y 1889, con la creación del seguro social alemán, nace un paradigma de protección social, cuya influencia político-ideológica se expandió por el mundo occidental. El paradigma previsional comprendido desde el marco conceptual del “seguro”, al ser mediado por la administración del Estado, suponía asumir por primera vez la importancia colectiva de la seguridad social en la vejez. Esto se hacía en el marco de una política estrictamente laboral, es decir de protección de los trabajadores. Otra característica relevante, cuyo

ejemplo inspiró la previsión social de numerosos países, era un esquema de financiamiento contributivo y una estructura de prestaciones diferenciales en función de la pertenencia a determinadas corporaciones laborales y de los ingresos durante la vida activa.

La noción de seguro como eje del primer sistema de jubilaciones masivo, supuso que se instalaran fuertes asociaciones entre la concepción misma de la protección de la vejez y algunas nociones tales como la relevancia de aportar para acceder al derecho y de la existencia de algún tipo de proporción entre tales aportes y los beneficios recibidos durante el retiro. Tales asociaciones muestran aun en nuestros días una persistente vigencia que no fue contundentemente desplazada por el paradigma de seguridad social que llegaría, años después, de la mano del informe Beveridge.

La línea de Beveridge: del seguro a la seguridad social

El informe de W. Beveridge publicado en 1942 desplazó la noción de seguro con la de seguridad social. El texto de Beveridge contenía una nueva concepción de la responsabilidad colectiva, el papel del Estado, y el derecho a la protección social. Allí se proponía extender el derecho a la protección a todo ciudadano, y ya no sólo a los trabajadores en relación de dependencia, se recomendaban además prestaciones de tipo uniforme (equivalentes al ‘mínimo nacional’) y la participación del Estado en el financiamiento (Venturi, 1994). Así, el informe Beveridge contenía recomendaciones que confrontaban con las desigualdades distributivas entre pensiones basadas en criterios de sustitución proponiendo medidas redistributivas, tanto por la vía de la homogenización de las prestaciones, como de la progresividad en las cargas de financiamiento.

A pesar de la introducción de objetivos ausentes en el paradigma de seguro social, como la universalidad, la igualdad y la redistribución de la renta, lo cierto es que una significativa parte de los fundamentos *contributivos* del sistema previsional conservan vigencia en el nuevo paradigma. La Seguridad Social constituía un sistema de tipo contributivo y sólo parcialmente presupuestario: el financiamiento presupuestario, es decir el aporte del Estado, era para las prestaciones no contributivas, que necesariamente, según este esquema, debían ser minoritarias. Así, la protección social para no contribuyentes era concebida más como un complemento al otro sistema (contributivo) que como un replanteo de los cimientos mismos sobre los cuales se erguía. Por otro lado, si bien no puede adjudicarse al paradigma beveridgeano la omisión que en los hechos se realizó a sus recomendaciones redistributivas, si puede señalarse que la deslaboralización del derechos la protección de la vejez es, en este paradigma inacabada: aunque Beveridge se pronuncia a favor de extender la protección como un derecho de todo ciudadano, la diferenciación entre trabajadores y el resto de los ciudadanos no es abolida; aquellos ciudadanos cuyo derecho a protección se reconocía aunque no tuvieran historia laboral (contributiva), se les reconocía en tanto trabajadores que, a pesar de tener la intención

de trabajar en el mercado de trabajo, no lo conseguían por razones ajenas a ellos. Por su parte, aunque las personas que se dedicaban a las tareas del hogar -referidas por Beveridge como las amas de casa- eran consideradas también trabajadoras en tanto se les reconocía el derecho a pensiones no contributivas, su derecho estaba supeditado a la específica circunstancia de que no hubiera un hombre pensionado en el hogar. En todos los casos, la incorporación no contributiva suponía prestaciones de calidad inferior, manteniendo la primacía de una concepción laboralista del derecho a la protección en la vejez. Así, si bien aparecen intenciones redistributivas en el nuevo modelo, es necesario señalar que las mismas son restringidas: las diferencias entre quienes contribuyen y quienes no, son plasmadas en las prestaciones por dos motivos: en primer lugar el que tiene que ver con las hipótesis acerca del des-estímulo al trabajo que pueden provocar las prestaciones sin contraprestación: *“para Lord Beveridge, la intervención no debe suprimir la iniciativa y el sentido de la responsabilidad individuales”* (Durand, 1991: 159).

2.2. El carácter restrictivo del derecho en los paradigmas contributivos

En los modelos contributivos de previsión social, la protección de la vejez es un derecho cuyo acceso está mediado por el acceso al mercado de trabajo formal durante la vida activa y por el reconocimiento (o la falta del mismo) de ciertas labores como trabajo (quedando exentos de reconocimiento los trabajos y por tanto, principalmente, las tareas domésticas, de crianza y de cuidado de personas enfermas o dependientes). En el caso de modelos al estilo bismarckiano, y aún con más crudeza en sistemas de corte liberal, una historia de aportaciones incompleta o inexistente puede suponer la exclusión misma de la protección social. Por su parte, los modelos de corte beveridgeano, a pesar de su vocación más universalista y solidaria, no rompen concluyentemente con la estructura heredada propia del paradigma contributivo: tanto en el modelo teórico como en sus aplicaciones -generalmente como complemento de sistemas principalmente bismarckianos-, se constata un dualismo en la protección de la vejez, con una calidad no sólo disímil sino eventualmente insuficiente para el caso de las prestaciones no contributivas. Así, si bien en la realidad no suelen encontrarse modelos puros de protección de paradigmas bismarckianos o beveridgeanos, en la medida que se trate de combinaciones de estos modelos, en ningún caso se produce un acceso igualitario al derecho a la protección social entre quienes contribuyen y quienes no, o quienes sólo lo hacen algunos años. Por tanto, la previsión social se instituye como un derecho, *no de los ancianos en tanto sujetos de derecho, sino de los trabajadores formales como potenciales ancianos.*

El enfoque de derechos y de derechos ciudadanos opone un marco de referencia para repensar las restricciones del derecho a la protección social de la

vejez restringido a un derecho laboral (Abramovich, 2004, 2006; Abramovich y Pautassi, 2009; Abramovich y Curtis, 2009; Robles, 2009; Cecchini y Martínez, 2011; Hopenhayn, 2007; Andrenacci y Repetto, 2006; Pautassi, 2010). Por su parte, el concepto de equidad que atraviesa ambos abordajes permite poner en cuestionamiento el perfil distributivo generado por sistemas en los que la calidad de protección está condicionada a los ingresos laborales o contribuciones realizadas al sistema.

2.3. La Equidad, o la igualdad “real” entre diferentes

El concepto de equidad, a pesar de su estrecha relación con el de igualdad, no es lo mismo que éste sino que, de hecho, aparece como respuesta a la constatación de que el tratamiento igual entre diferentes supone una desigualdad de resultados vinculada a las desiguales oportunidades de acceso o punto de partida. Así, el reconocimiento de las diferencias y un trato diferenciado aparecen como una necesidad de compensación que se plasma en el concepto de equidad.

De acuerdo con el concepto de equidad el trato diferenciado se justifica para anular (o atenuar) las desventajas entre diferentes. Algunos autores utilizan la metáfora de “nivelar la cancha de juego” (Roemer 1998, en Mokate, 2001, p. 25), “*de esa manera, igualaríamos las verdaderas oportunidades y haríamos que las probabilidades de lograr el objetivo esperado (o el efecto o impacto) sean independientes de las raíces de las inequidades existentes*” (Mokate 2001, p. 26). CEPAL, por su parte se refiere a “compensar la desigualdad de trayectorias” (CEPAL, 2000) o “igualar las oportunidades a lo largo del ciclo de vida” (Robles, 2009, pg. 102).

La equidad entendida como uno de los atributos que ha de tener un sistema de protección social de la vejez, implica en primer lugar que la protección sea de acceso universal para los adultos mayores, es decir, universalizar la cobertura de la protección. Así, contrario a restringir el acceso a los que hayan tenido una trayectoria laboral estable en el mercado de trabajo formal, un sistema basado en la equidad ha de incluir también a aquellos cuya vida laboral ha sido marcada por la inestabilidad del empleo, la informalidad y el trabajo no mercantil. En este sentido, el reconocimiento de las diferencias tiene que ver con comprender las múltiples trayectorias que devienen en exclusión dentro de los sistemas contributivos, vinculadas a cuestiones de tipo adscriptivos (como el género), a una participación menos ventajosa en el mercado de trabajo (con dificultades para mantener un empleo estable o bien acceder a trabajos formales), o bien, la dedicación a trabajos independientes de escasa rentabilidad que no proporcionaron suficiente margen para realizar contribuciones.

Por otra parte, la aplicación del principio de equidad al sistema de protección social de la vejez implica una distribución del gasto en dirección inversa

a la que, en el sistema contributivo, plantea la proporcionalidad entre aportes al financiamiento y prestaciones. Así, como resultado de la transferencia hacia los sectores más desfavorecidos propia de un sistema basado en la equidad, el gasto de la protección social debería concentrarse en los sectores de menores ingresos, y en el peor de los casos no concentrarse en ninguno, es decir gastar de manera proporcional en cada uno de ellos. Pero lo que *nunca* debería esperarse de un sistema de protección basado en la equidad es la concentración del gasto en los sectores de mayores ingresos, como tiende a ocurrir en los sistemas contributivos cuyas prestaciones replican la estructura de ingresos desigual de la vida activa de los beneficiarios

3. METODOLOGÍA

Para observar empíricamente la estratificación de la previsión social argentina, existen antecedentes que calculan la desigualdad entre adultos mayores y entre jubilados mediante el coeficiente de GINI, permitiendo una primera aproximación a la desigualdad generada al interior de la protección previsional (ver Danani y Becaria 2011, Observatorio de Seguridad Social 2011). Por otra parte, OIT (2011) utiliza como indicadores la Proporción de prestaciones previsionales con el beneficio mínimo y la Evolución de la prestación media real y de la jubilación mínima. Estos análisis, aunque proporcionan una primera dimensión de la desigualdad interna del sistema previsional, no permiten reconocer la incidencia de la desigualdad en función de variables de segregación, como el género o estrato socioeconómico. Por ello, con el objeto de profundizar en el análisis de las inequidades propias de la previsión social contributiva, se proponen indicadores adicionales para determinar las implicancias distributivas de la previsión social contributiva y reconocer la importancia que tiene, para lograr la equidad, la implementación de mecanismos de acceso y distribución distanciados del paradigma contributivo, como ocurrió en Argentina durante la última década.

Se observarán dos variables en función de los niveles de ingreso y el género de los adultos mayores:

- *Segmentación de la calidad de protección*: Una correlación entre protección de mejor calidad y altos niveles de ingreso, o a la inversa, menor calidad y bajos niveles de ingresos, será considerada un indicador de inequidad, del mismo modo que lo será una segmentación de la calidad de protección en función del género.
- *Concentración del gasto previsional*: Como resultado de las inequidades de cobertura y de estratificación en la protección, el gasto previsional puede tender a concentrarse en determinados estratos de

ingresos. La concentración del gasto previsional puede observarse a partir de la comparación de los montos desembolsados en cada estrato por cada adulto mayor (es decir, la razón del gasto previsional por estrato sobre la cantidad de individuos que en ese estrato tienen edad de jubilarse). En este caso la inequidad quedará determinada al constatar la concentración del gasto en los estratos más aventajados o en función del género.

3.1. Variables

A continuación se detalla la operacionalización de las variables para construir indicadores de medición de la inequidad del sistema previsional, tanto entre adultos mayores como entre trabajadores, en este último caso para estimar futuros niveles de inequidad en caso de continuar implementando patrones contributivos de acceso y distribución de los beneficios de protección³.

1. Inequidad por estrato socioeconómico de pertenencia

1.1. Estratificación de la calidad de protección, en relación al nivel de ingresos del hogar de pertenencia

1. 1. 1. Entre adultos mayores: Se observará el haber medio por decil de ingreso, es decir el promedio de ingresos jubilatorios entre los jubilados de cada decil de ingreso *per cápita* familiar (decil IPCF), con el objeto de constatar la relación entre la calidad de la protección y el nivel de ingreso de sus destinatarios. Una prestación de mayor calidad entre estratos de mayores ingresos PCF, será considerada un indicador de inequidad.

1. 1. 2. Entre personas en edad laboral: Se observará el Ingreso laboral promedio por decil entre los ocupados ‘dependientes’ ‘cotizantes’ a la seguridad social en ‘edad activa de cotizar’ (Ver definiciones a continuación) de cada decil IPCF, con el objeto de estimar la estratificación potencial de una distribución de beneficios basada en el principio de sustitución de ingresos para la población hoy activa. Un ingreso laboral mayor entre estratos de mayores ingresos PCF, será considerado un indicador de inequidad estimada a futuro.

1.2. Concentración del gasto previsional entre estratos de ingreso

1. 2. 1. Entre adultos mayores: Se dividirá la sumatoria de prestaciones previsionales de cada decil por la cantidad de personas en ‘edad jubilatoria’

³ Al observar la estratificación de los ingresos laborales entre los trabajadores cubiertos por la previsión social contributiva, será posible estimar los niveles futuros de estratificación y concentración de gasto, que habrá cuando las actuales cohortes de población en edad activa alcancen la edad jubilatoria, en caso de no modificarse el esquema contributivo de previsión social argentino o tomarse medidas ad hoc como las implementadas en los últimos años.

que integran el decil, para establecer el gasto por adulto mayor en cada decil y obtener un indicador de la concentración del gasto previsional según estrato de ingresos *per cápita* familiar⁴. Un mayor gasto por anciano en los sectores de mayor ingreso PCF, será considerado un indicador de ineficiencia del gasto previsional.

1. 2. 2. Entre futuros jubilados: Se dividirá la sumatoria de ‘ingresos laborales’ de ‘dependientes’ ‘cotizantes’ ‘próximos a jubilarse’ (Ver definiciones a continuación) de cada decil IPCF por la cantidad de personas ‘próximas a jubilarse’ que integran el decil, para estimar la concentración del gasto previsional futuro en cada decil, en base a la segmentación salarial constatada entre los trabajadores cubiertos por el sistema previsional contributivo. El ejercicio se aplica en personas ‘próximas a jubilarse’, con el objetivo de estimar la desigualdad contributiva potencial de la próxima cohorte de adultos mayores. Un mayor gasto estimado por futuro anciano en los sectores de mayor ingreso PCF, será considerado un indicador de ineficiencia estimada futura del gasto previsional.

2. Inequidad de género

2. 1. Segmentación por género de la calidad de las prestaciones

2. 1.1. Brecha entre haberes jubilatorios medios: Se observará segmentación de haberes jubilatorios por género. Si se constata un haber medio de menor calidad para alguno de ambos géneros, y la tendencia prevalece más allá del estrato de ingresos, se considerará un indicador de inequidad de género.

2. 1. 2. Brecha entre ingresos laborales medios (de ‘dependientes’ ‘cotizantes’): Se observará segmentación de salarios de la población ‘dependiente’ ‘cotizante’ en ‘edad activa de cotizar’. De este modo será posible reconocer la segmentación potencial por género de los futuros haberes jubilatorios, en caso de aplicarse el criterio de sustitución de ingresos en la determinación del monto de los haberes. Si se constata un ingreso laboral medio marcadamente inferior para alguno de ambos géneros, y la tendencia prevalece más allá del estrato de ingresos, se considerará un indicador de inequidad futura estimada de género.

2. 2. Concentración del gasto previsional por género

2. 2.1. Entre jubilados: Se observará el gasto medio por adulto mayor para cada género, observando así el efecto conjunto de haberes segmentados y cobertura diferencial por género en el gasto en protección destinado a cada género. Un mayor gasto por anciano en un género respecto del otro, será con-

⁴ Si se viera el gasto previsional neto por decil, el resultado estaría sesgado por la cantidad diferencial de ancianos entre deciles.

siderado un indicador de inequidad del gasto previsional.

2. 2. 2. Entre futuros jubilados: Se observará el gasto previsional futuro estimado por adulto mayor según cada género, entre personas ‘próximas a jubilarse’, observando así el efecto conjunto de ingresos salariales segmentados y cobertura diferencial por género entre la población en edad activa ‘próxima a jubilarse’, y su potencial impacto en la segmentación del gasto previsional futuro, en caso de sostenerse mecanismos de acceso y estratificación de haberes propios del sistema contributivo de seguridad social. Un mayor gasto estimado por futuro anciano en un género respecto del otro, será considerado un indicador de inequidad estimada futura del gasto previsional.

3.2. Fuentes de datos utilizadas

Los indicadores se calcularán sobre micro datos de la EPH, ya que a pesar de que los resultados solo representen aglomerados urbanos, es la base de datos adecuada para realizar las desagregaciones propuestas de los datos, y su observación en series históricas de varios años.

3.3. Definiciones

Edad jubilatoria: 60 años o más para las mujeres, y 65 años o más para los hombres.

Edad activa de cotizar: Es desde los 18 años hasta el año previo a la edad jubilatoria: 18 a 59 años en el caso de las mujeres y 18 a 64 en el de los hombres.

Personas próximas a jubilarse: personas a 10 años o menos de cumplir la ‘edad jubilatoria’: 49 a 59 años en el caso de las mujeres y 54 a 64 en el de los hombres

Dependientes: se refiere a personas ocupadas en una relación laboral de dependencia (asalariados).

Cotizantes: dependientes a quienes les descuentan aportes jubilatorios o realizan aportes voluntariamente.

Ingreso laboral: se refiere al ingreso laboral principal de aquellas personas en ‘edad activa de cotizar’, ocupadas en relación de dependencia y cotizantes a la seguridad social.

Haber jubilatorio: se refiere al ingreso percibido en concepto de jubilación o pensión por personas inactivas jubiladas o pensionadas, en ‘edad jubilatoria’.

Decil IPCF: Los deciles de distribución de los indicadores de estratificación por decil, y de concentración del gasto por decil, están construidos en base al ingreso *per cápita* familiar, es decir, que se basan en los ingresos del hogar de pertenencia distribuido entre los miembros del hogar.

3.4. Consideraciones en torno al ingreso de referencia para ponderar la calidad de la protección

Para establecer un ingreso de referencia que permita evaluar la calidad de las prestaciones jubilatorias, en relación a su capacidad de satisfacer necesidades, se utiliza la metodología de Danani y Becaria (2011), que consideran tres ingresos de referencia:

1. “Canasta básica total” de un adulto mayor (varón de 60 años y más);
2. “Canasta básica total” de un adulto equivalente;
3. “Canasta básica total” de dos adultos mayores (varón y mujer de 60 años y más).

Precisamente porque nos interesa dar cuenta de la capacidad de satisfacer necesidades del haber mínimo, la composición de la “canasta” [básica] que se tome como referencia es un asunto problemático para un estudio sobre adultos mayores. Ello ocurre porque el modo en que se definen “los adultos equivalentes” para los diferentes grupos etarios, da cuenta estrictamente de pautas nutricionales, y no del conjunto de la estructura de consumo de los hogares. Así, el valor del “adulto mayor” es inferior al del “adulto equivalente”, pues es calculado sobre un consumo calórico menor, que ignora el consumo de hecho que los adultos mayores presentan en servicios, medicamentos, etc. Por ello (...) optamos por incluir las tres situaciones enumeradas anteriormente, a sabiendas de que ninguna de ellas expresa adecuadamente la relación “haber mínimo – satisfacción de necesidades”, y que por lo tanto es el conjunto el que permite matizar el análisis. (Danani y Becaria, 2011, p. 116)

La utilización de la canasta básica supone un problema debido a la falta de legitimidad de los índices de precios publicados por INDEC a partir del año 2007. Tal como advierte Danani (2012), desde 2007 INDEC “*está siendo sometido a una acción de “intervención política” que está ocasionando una pérdida —a esta altura, irreparable— de orden informativo pero sobre todo, político institucional*” (p. 68). A modo de ejemplo, mientras en 2011 la Canasta Básica Total (CBT) según INDEC era de \$448 para un adulto equivalente, la organización disidente ATE-INDEC calculaba, en base al índice de precios de la provincia de Santa Fe, que el valor más próximo a la realidad para la CBT de 2011 era de \$1373. Si bien la legitimidad de la canasta alternativa basada en los datos del Instituto Provincial de Estadísticas de Santa Fe no es en absoluto concluyente, la abismal diferencia entre ambas canastas alerta sobre la gravedad de la subestimación que la CBT de INDEC podría estar suponiendo⁵. Por

⁵ Otras estimaciones que suelen realizarse para obtener indicadores de precios más confiables, y por tanto, construir una CBT de un valor más cercano al real, son la utilización de los IPC provinciales, por ejemplo de San Luis, del IPC congreso, o del IPC-7 provincias (elaborado por Centro de Estudios para el Desarrollo Argentino CENDA, a partir de los índices de precios de las direcciones provinciales de estadísticas).

ello, la CBT tradicionalmente calculada por INDEC en función de precios de Gran Buenos Aires no constituye una referencia confiable para cotejar la calidad de los haberes previsionales con posterioridad a 2006. Como alternativa, en este trabajo se propone un ingreso de referencia, a partir de 2007, construido por la actualización de la canasta básica de 2006 en función de la variación del RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedios de los Trabajadores Estables), según los datos publicados por la Secretaría de Seguridad Social. La elección se hace teniendo en cuenta que la variación del RIPTE es una de las variables que componen la fórmula de actualización de haberes jubilatorios desde la existencia de la movilidad previsional en 2007. Así, se asume que una canasta básica cuya legitimidad no se discute, como es el caso de la canasta de 2006, puede ser adecuada por la variación del RIPTE, en consistencia con el criterio de actualización de jubilaciones que, dicho sea de paso, cuenta con amplio consenso social y político. De este modo, hasta 2006 se utilizará la CBT publicada por INDEC, y a partir de 2007 una CBT actualizada por el RIPTE, que se denominará CBTr.

3.5. Período de análisis

Se utilizaron las bases correspondientes al cuarto trimestre de cada año a partir de 2003 hasta 2012, y el segundo trimestre del año 2013 (por ser la última base disponible).

La elección del período se vincula con la utilidad de comparar escenarios previos a 2004 con los posteriores, afectados por la implementación de mecanismos de acceso distanciados de la contributividad y la evolución del monto de los haberes con menor apego al principio de sustitución durante el período de “plan de inclusión previsional”⁶. Así, el período reciente de la previsión social argentina, caracterizado por el acceso masivo a través de la moratoria y una reducción de la estratificación entre las prestaciones conocida como “achatamiento de la pirámide”, será considerado un parámetro de comparación para distinguir aquellos rasgos que son más específicamente contributivos de los que no lo son, en la medida que tanto la reducción de la estratificación de

⁶ En el año 2004 por medio de la ley de jubilación anticipada y moratoria previsional se permitió el acceso a una prestación jubilatoria a adultos mayores que no cumplieran con un historial completo de aportes contributivos e incluso para quienes no contaran con contribuciones en absoluto. Esto llevó a una masiva expansión de la cobertura previsional en Argentina, pero sin modificar institucionalmente los mecanismos de acceso, al tratarse de medidas extraordinarias de vigencia limitada en el tiempo. La inclusión de estos nuevos beneficiarios en el sistema supuso además un incremento de la cantidad (absoluta y relativa) de las prestaciones mínimas dentro del sistema previsional. A su vez, entre 2003 y 2006 se realizaron aumentos en las jubilaciones que beneficiaron preferencialmente la jubilación mínima, de modo que se redujo considerablemente la estratificación entre beneficios jubilatorios en un fenómeno conocido como “achatamiento de la pirámide”

beneficios como la universalización de la cobertura se produjeron mediante la inclusión de mecanismos anómalos a la contributividad, tanto para el acceso a la protección como para la determinación del valor de los haberes previsionales (estos últimos, por medio de un incremento del haber mínimo superior al del resto de los haberes, y la incorporación de los beneficiarios de moratoria de manera uniforme en el nivel de prestación mínima).

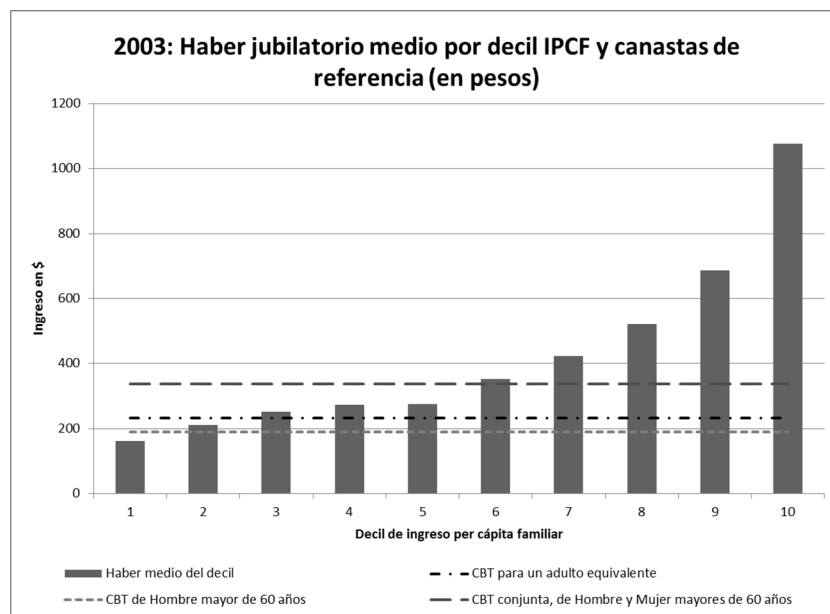
4. RESULTADOS DEL ANÁLISIS DE MICRO BASES EPH

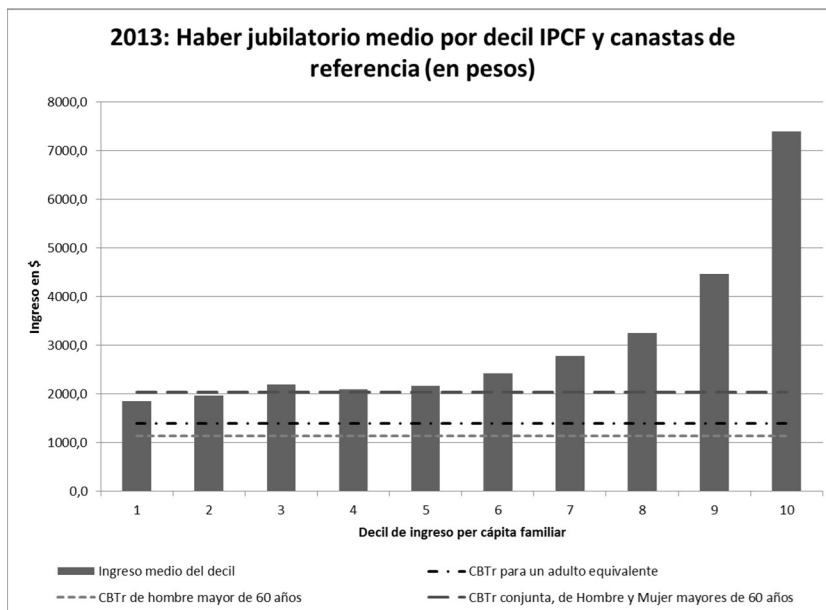
1. Inequidad por estrato socioeconómico de pertenencia

1.0.1. Estratificación entre jubilados en edad jubilatoria (adultos mayores)

Para analizar los niveles de estratificación entre adultos mayores, en relación al nivel de ingresos del hogar de pertenencia, se calculó el haber jubilatorio medio entre los jubilados de cada decil IPCF (en edad jubilatoria). A su vez, se establecieron tres ingresos de referencia para evaluar la calidad de tales haberes en relación a su capacidad para satisfacer necesidades.

Gráficos n° 01 y n° 02





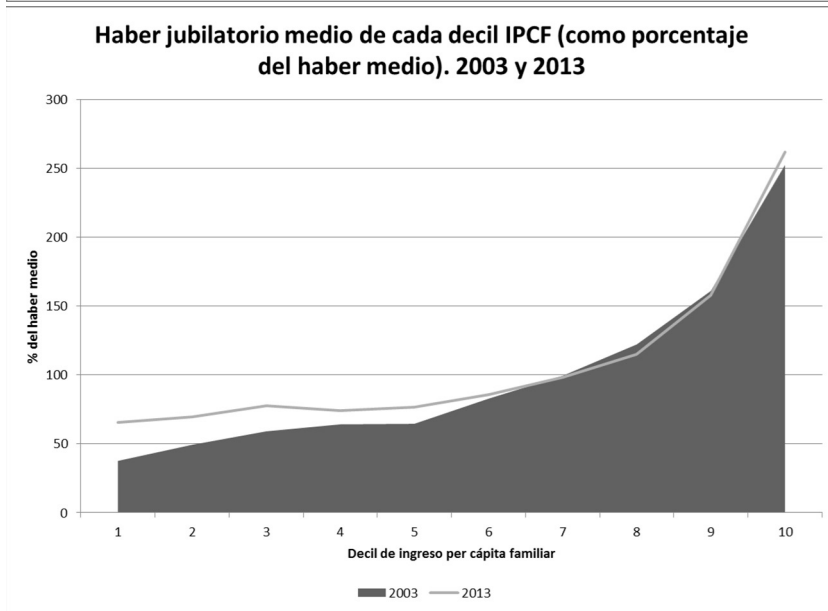
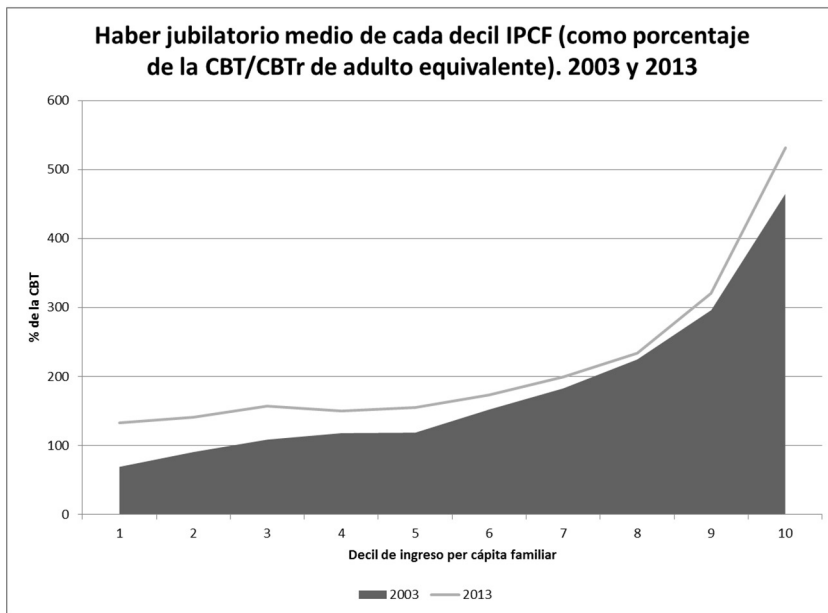
Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Respecto de la calidad de los haberes, en el año 2003 (*Ver gráfico n° 01*), los primeros 5 deciles IPCF percibían un haber inferior a una canasta conjunta. Por su parte, los dos deciles de menores ingresos no cubrían las necesidades de una CBT de adulto equivalente y el primer decil no alcanzaba a cubrir siquiera una CBT de adulto hombre mayor de 60 años. La estratificación se hacía muy pronunciada a partir del decil 5, incrementándose notoriamente los ingresos de los deciles de ingresos más altos.

Frente a los resultados, es posible sostener que en 2003 los estratos de mayores ingresos percibían una protección de calidad muy superior a los estratos de menor ingreso, quienes incluso no llegaban a cubrir necesidades mínimas: Los ingresos medios de los jubilados de deciles decil IPCF 9 y 10, representaban 4,75 veces los ingresos medios de los deciles 1 y 2.

En 2013 (*Ver gráfico n° 02*), se observa una disminución de la desigualdad respecto de 2003 y una significativa mejora de la calidad de las prestaciones más bajas, es decir, de los primeros 5 deciles. Ahora en todos ellos se alcanza a cubrir el costo de la canasta de mayor valor considerada (canasta conjunta), mientras que los deciles 7 a 10 mantienen una calidad de protección similar a la de 2003 (en relación a las canastas de referencia). Así, por la vía de una mejora en los estratos menos favorecidos, se produjo una disminución de la estratificación. Esta redistribución no significó, por otra parte, la reducción de la calidad de protección de los estratos más favorecidos.

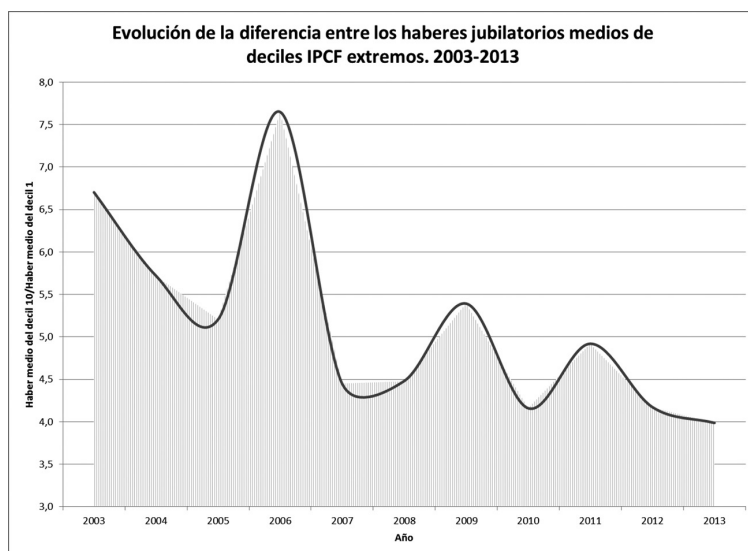
Gráficos n° 03 y n° 04



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

El gráfico n° 04 compara la estratificación en 2003 y 2013 en relación al ingreso medio, es decir, sin tener en cuenta la calidad de la protección sino las diferencias distributivas entre jubilados. En este caso se observa claramente cómo la reducción de la desigualdad entre jubilados de diferentes deciles se produjo por un emparejamiento “hacia arriba”, dado que la participación de los deciles 7 a 10 en el haber medio se mantuvo casi intacta, mientras que desde el decil 6 al 1 fueron progresivamente mejorando su participación en la jubilación media.

Gráfico n° 05

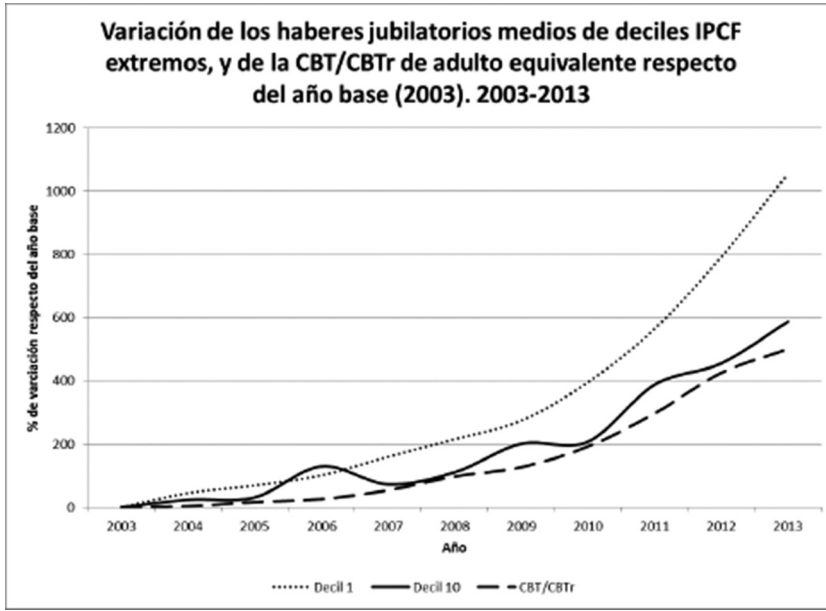


Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

El gráfico n° 05 permite observar la relación entre los haberes de los jubilados del primer y último decil IPCF a lo largo de toda la serie. Si bien la evolución se muestra volátil, es notoria la disminución de la desigualdad entre 2006 y 2007, y una tendencia decreciente que alcanza en 2013 el menor nivel de desigualdad desde 2003.

Al observar la evolución nominal de las prestaciones medias de deciles extremos con 2003 como año base, en comparación a la evolución de la CBT de adulto equivalente, se observa que el decil de mayores ingresos no disminuyó su calidad relativa, e incluso la incrementó levemente, mientras que los haberes del primer decil se incrementaron casi el doble que el ingreso de la CBT/CBTr, logrando así mejorar significativamente su calidad relativa en relación al año base (2003) (*Ver gráfico n° 06*)

Gráfico n° 06



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

En suma, se constata una reducción en la última década de la estratificación de la protección entre jubilados, una mejora en la calidad de los haberes mínimos y medios, y una reducción de la inequidad en la medida que los haberes de los jubilados pertenecientes a deciles de menor ingreso PCF mejoraron en mayor medida que los de los jubilados en los deciles IPCF de mayor ingreso.

Esta mejora en la calidad (capacidad de los haberes de cubrir canastas de consumo de referencia) y la equidad (relación entre haberes de menor calidad y pertenencia a estratos de ingreso PCF menores) de los haberes jubilatorios entre jubilados de diferentes deciles IPCF, se encuentra íntimamente relacionada con las consecuencias de la implementación, en la última década, de mecanismos de inclusión previsional cuasi contributivos, así como de una recomposición de los haberes mínimos en mayor medida que el resto, reduciendo así las brechas de calidad entre los haberes del sistema previsional.

Sin embargo, vale la pena recordar que los mecanismos de inclusión previsional y las medidas tomadas en relación a los haberes mínimos se produjeron en el marco de una implementación excepcional y no como producto de un replanteo institucional permanente y perdurable de las condiciones de acceso, así como tampoco de un replanteo respecto a los criterios para establecer los niveles de protección entre jubilados. Por todo esto, con el objeto de ponderar

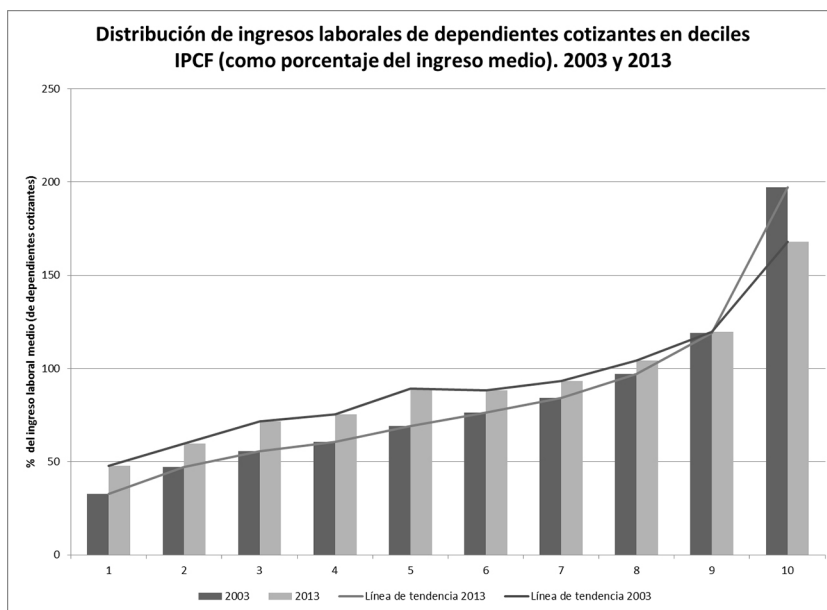
la regresión que implicaría a futuro el retorno del funcionamiento pleno de mecanismos contributivos de acceso a la protección y distribución de prestaciones de calidad estratificada, se observó la desigualdad entre los ingresos laborales de aquellos trabajadores asalariados que cumplen con las condiciones de acceso contributivo, es decir que son contribuyentes a la seguridad social.

1. 1.2. Estratificación estimada a futura entre actuales trabajadores con cobertura previsional

Teniendo en cuenta el criterio de sustitución de ingresos de los haberes contributivos, es posible tener una estimación de la futura desigualdad entre jubilados del sistema contributivo a partir de la segmentación actual de sus ingresos salariales.

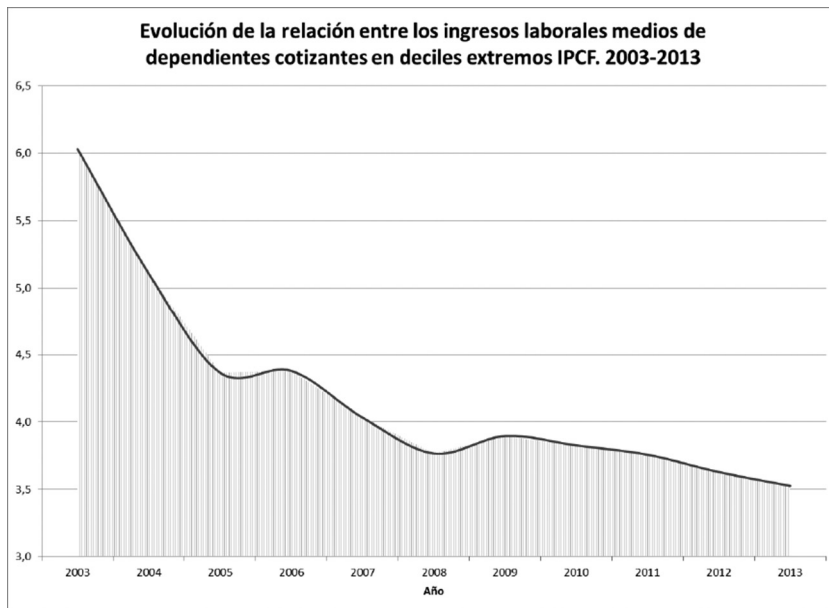
En el gráfico n° 07 se constata una clara correlación entre el monto de los ingresos laborales y el decil IPCF, aunque se observa una reducción de la desigualdad entre los trabajadores dependientes cotizantes al comparar 2003 y 2013.

Gráfico n° 07



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Gráfico n° 08

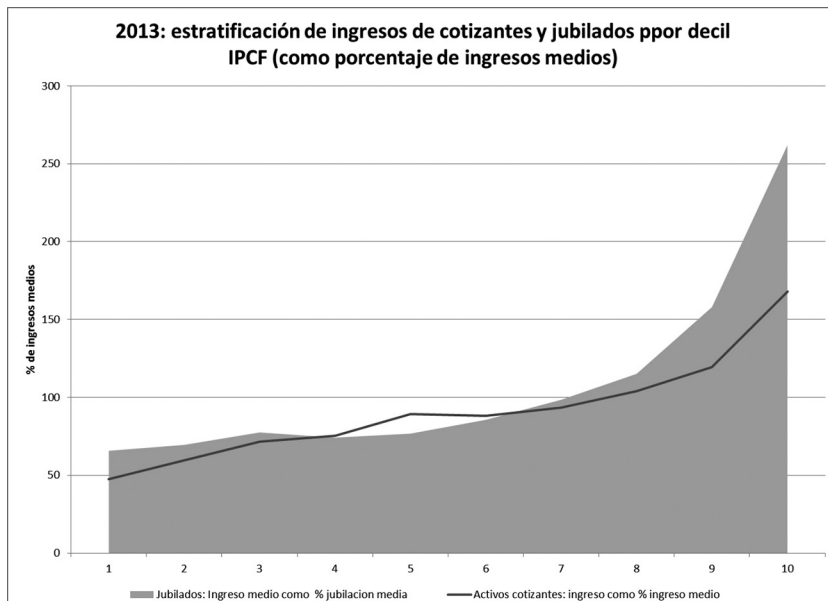


Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Al comparar los ingresos laborales de los deciles IPCF extremos (*ver gráfico n° 08*), la relación entre ellos ha evolucionado de manera casi continua hacia la reducción de la desigualdad entre las remuneraciones de los asalariados cotizantes, desde el año 2003. Si bien la reducción neta de la desigualdad entre ingresos de deciles extremos IPCF ha sido casi la misma al comparar los valores de 2013 y 2003 entre jubilados y asalariados cotizantes, con una reducción en torno al 40%, la tendencia a la reducción ha sido más constante (menos volátil) en el caso de las personas en edad activa de cotizar (*ver gráfico n° 05*).

Es esperable que las mejoras en la equidad entre trabajadores cotizantes se reflejen en niveles futuros de equidad entre jubilados incluso mejores a los actuales, aún en caso de mantenerse operativos los mecanismos de acceso y distribución específicamente contributivos. De este modo, como se observa en el gráfico n° 09, al comparar en 2013 la estratificación entre jubilados y entre asalariados cotizantes, se constata menor inequidad entre trabajadores, de modo que puede estimarse que, por la vía de la mejora de la distribución del ingreso entre trabajadores, ocurrirá una significativa mejora en la equidad de las próximas generaciones de jubilados. Así, cabe señalar que la equidad del sistema jubilatorio puede mejorar no sólo incorporando mecanismos de acceso y distribución distanciados de la lógica estrictamente contributiva, sino también en la medida que mejora la equidad entre los trabajadores.

Gráfico n° 09

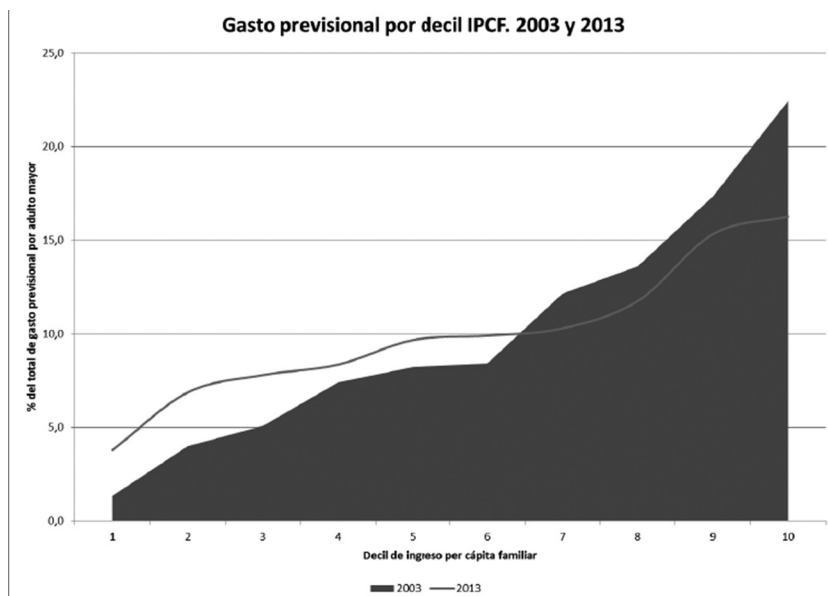


Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

1.2.1. Concentración del Gasto Previsional entre adultos mayores, según estrato de ingreso

El indicador de la concentración del gasto previsional, que estima el gasto previsional medio por adulto mayor en edad jubilatoria de cada decil IPCF, ha mostrado una disminución de la concentración tal que se ha modificado en gran medida el perfil de concentración marcadamente pro rico de 2003 (*Ver gráfico n° 10*). Si bien en 2013 existe aún una leve orientación pro rico, se observa un significativo incremento del gasto en los primeros 6 deciles, y en especial en los deciles 1 a 3, en tanto que se redujo la concentración del gasto en los deciles 7 a 10.

Gráfico n° 10



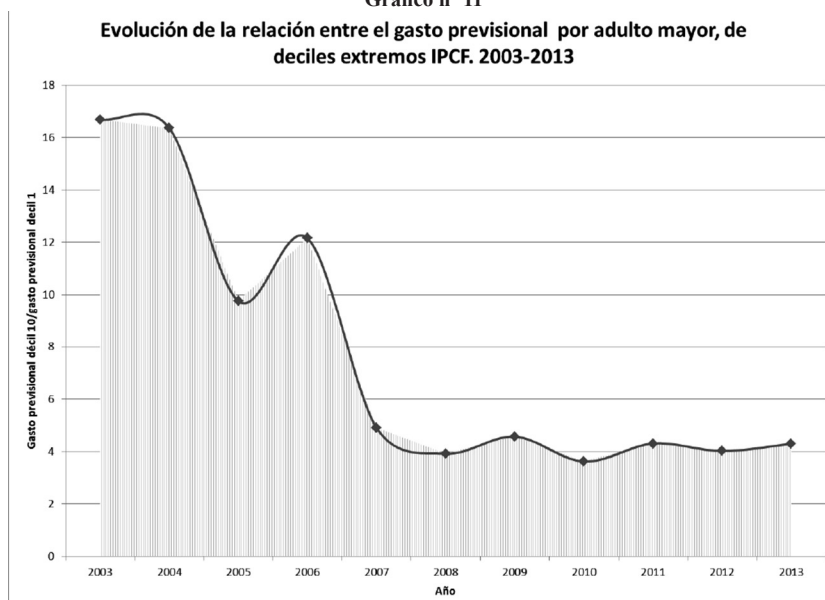
Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Mientras en 2003 los primeros dos deciles acumulaban un 5,3% del gasto previsional contra el 39,7% acumulado por los deciles 9 y 10, en 2013 el gasto en los primeros dos deciles se incrementaba a 10,7% mientras en los deciles 9 y 10 disminuía a 32,2% (*Ver gráfico n° 10*).

En tanto, al comparar la concentración del gasto en deciles extremos, se constata una reducción de la concentración en el estrato IPCF más rico, especialmente entre 2005 y 2007.

Gráfico n° 11

Evolución de la relación entre el gasto previsional por adulto mayor, de deciles extremos IPCF. 2003-2013



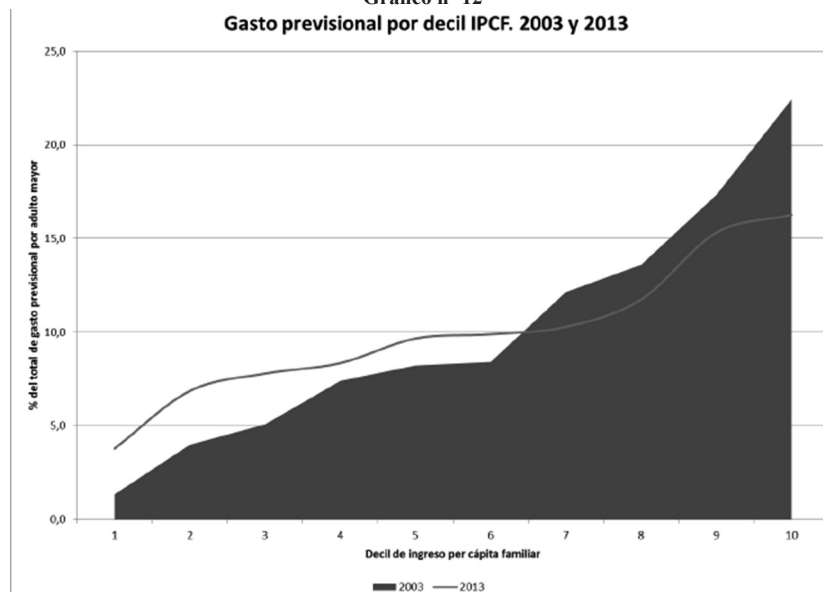
Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Del mismo modo que se señaló respecto de la evolución del estratificación en la calidad de protección según decil IPCF, también en este caso los avances en la equidad del gasto se explican por la implementación de mecanismos de acceso a la protección y de recomposición de haberes que no fueron institucionalizados como mecanismos permanentes del sistema y que, por ello, podrían tener sólo carácter transitorio. Por ello, para estimar los niveles de inequidad del gasto previsional que implicaría en el futuro la operatividad de mecanismos exclusivamente contributivos de acceso a la protección y fijación del monto de los beneficios, es pertinente estimar futuros niveles de concentración del gasto de la próxima cohorte de adultos mayores en caso contextos contributivos, a partir de la situación de los actuales trabajadores.

1.2.2. Concentración del Gasto Previsional entre adultos mayores, según estrato de ingreso

En el gráfico n° 12 queda claro el patrón de concentración pro rico que puede esperarse en un sistema previsional contributivo para la próxima generación de mayores. Al comparar la situación entre 2003 y 2013, se registra un leve incremento del gasto en algunos deciles que, en el caso de los deciles 1 y 2, ha supuesto la duplicación del gasto del año 2003, dados los bajísimos niveles de gasto de tal año. Sin embargo, la estimación de concentración del gasto en los deciles IPCF de mayores ingresos se mantiene elevada, registrando en 2013 apenas un 2,4% del gasto previsional estimado en el decil de menores ingresos y un 5,2% en el segundo, en tanto los deciles 9 y 10 concentran el 15,3% y 17,9% del gasto estimado, respectivamente.

Gráfico n° 12
Gasto previsional por decil IPCF. 2003 y 2013



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Gráfico n° 13
Evolución de la relación entre el gasto previsional por adulto mayor, de deciles extremos IPCF. 2003-2013

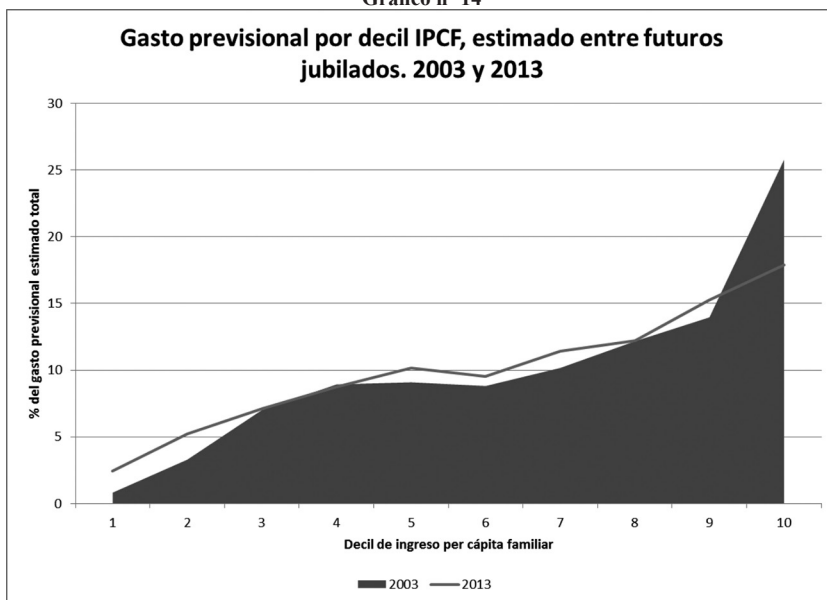


Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Al comparar las mejoras en la concentración del gasto previsional (consecuencia de la inclusión previsional y el achatamiento de la pirámide previsional) con la concentración estimada en la cohorte de asalariados próximos a jubilarse en 2013 (*Ver Gráfico n° 14*), incluso reconociendo la significativa mejora que se produjo en relación a la concentración de la cohorte del año 2003, puede esperarse que la concentración del gasto entre los deciles más ricos se incremente respecto a la concentración actual del gasto previsional, constatándose una regresión respecto de los logros que el sistema previsional de los últimos años ha alcanzado en relación a la equidad y eficiencia del gasto. Esto significa que una renovada vigencia de mecanismos contributivos implicaría el incremento de la concentración del gasto previsional en los estratos IPCF más ricos, es decir que la reducción constatada en la concentración del gasto previsional en los deciles IPCF más ricos no se sostendría en el futuro en caso de no modificarse (sea con medidas coyunturales o de reestructuración definitiva) los mecanismos contributivos de acceso y distribución de beneficios previsionales.

En el gráfico n° 14, al comparar en 2013 los indicadores de concentración entre población en edad activa de cotizar y población mayor en edad jubilatoria, se aprecia una mayor concentración del gasto previsional estimado que del constatado entre mayores en edad jubilatoria. La diferencia es observable particularmente en deciles IPCF 2 y 8, que en la concentración estimada suponen una menor concentración en el decil 2 y una mayor en el decil 8.

Gráfico n° 14



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Esta diferencia entre las consecuencias de las mejoras de la equidad salarial entre trabajadores cotizantes sobre la futura estratificación entre jubilados por un lado, y sobre la futura concentración del gasto por otro, se debe a que en el indicador de concentración del gasto no influye sólo la distribución de los beneficios previsionales, sino que inciden también los niveles de cobertura de cada estrato. De este modo, las mejoras en la distribución del ingreso entre trabajadores cotizantes son limitadas para revertir la tendencia a la concentración del gasto entre personas de mayores niveles de ingreso PCF, siempre que no se produzca al mismo tiempo una integración mayor y más equitativa de personas en edad activa dentro del mercado de trabajo formal. Y la limitación a este proceso se vincula ya no sólo con los niveles de ocupación y de formalidad del mercado de trabajo, sino también con la relevancia del trabajo no mercantil en los diferentes estratos IPCF.

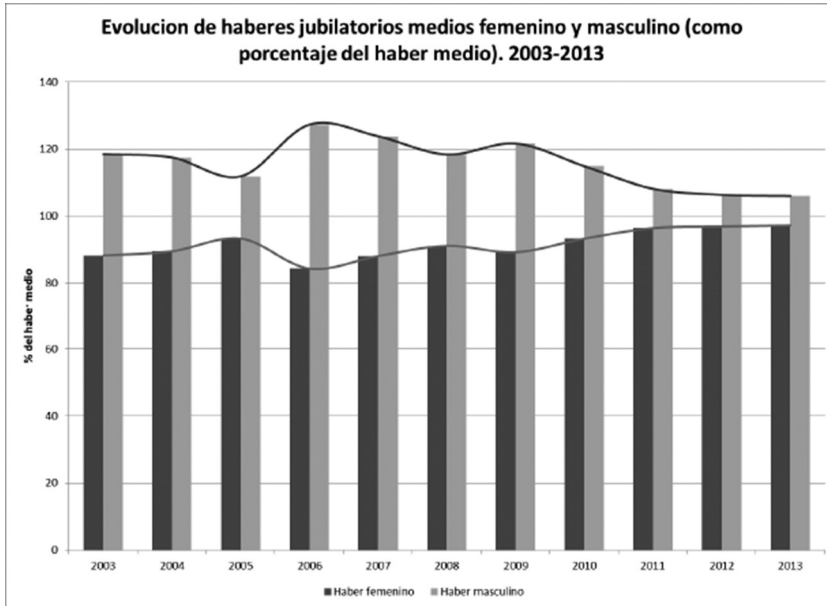
Por todo esto, si los procesos de inclusión previsional han sido claves para explicar una considerable desconcentración del gasto previsional en los estratos más ricos, se trata de avances que podrían revertirse en caso de que los mecanismos de acceso estrictamente contributivos no fueran nuevamente relativizados, ya sea con nuevas moratorias o con una reforma institucional permanente. Así, queda en evidencia la relevancia de la implementación de mecanismos de acceso y distribución menos apegados al paradigma contributivo para lograr mayores niveles de equidad en la protección social de la vejez. Asimismo, en contraposición, puede concluirse que los mecanismos contributivos tienden a reproducir un patrón de concentración pro rico del gasto previsional, incluso en caso de producirse una reducción de la desigualdad entre las retribuciones de los asalariados contribuyentes, a pesar de lo cual la tendencia a la concentración puede estimarse igualmente significativa.

2. Inequidad de género

2.1. Segmentación por género de la calidad de las prestaciones.

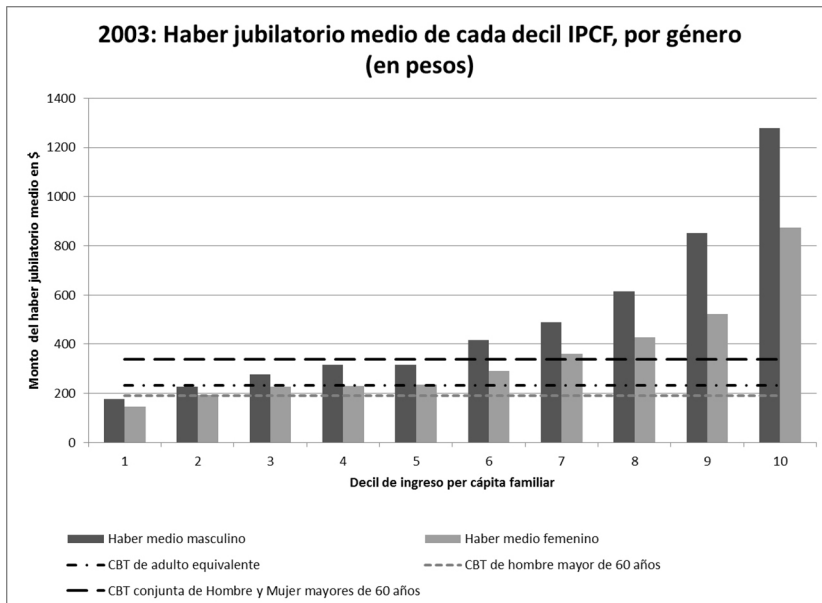
Otra cuestión relevante en la evaluación de la equidad en los sistemas contributivos tiene que ver con sus consecuencias en relación a la segmentación de la protección por género. En este sentido, al observar los haberes jubilatorios medios de cada género, se constata una segmentación en perjuicio de las mujeres que se sostiene a lo largo de todo el período, pero que se redujo de manera constante desde el año 2006 (*Ver gráfico n° 15*).

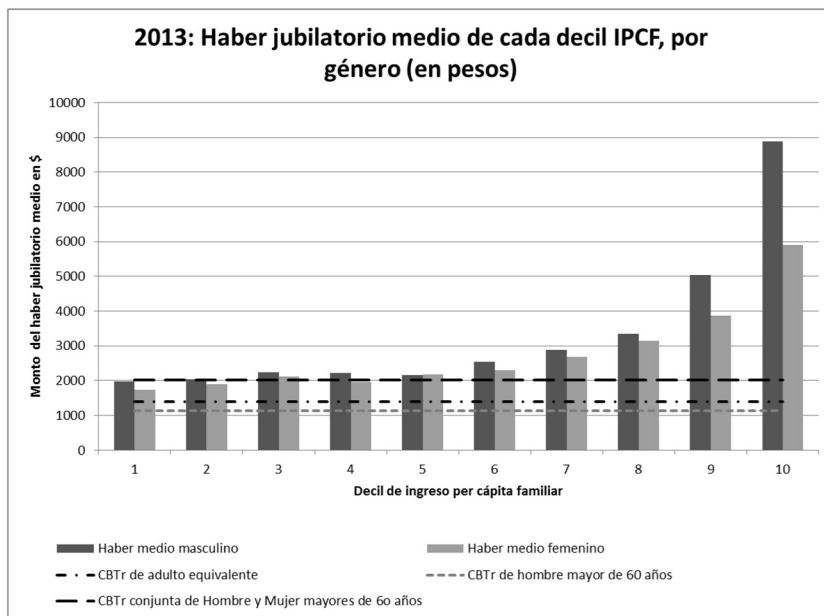
Gráfico n° 15



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Gráficos n° 16 y n° 17

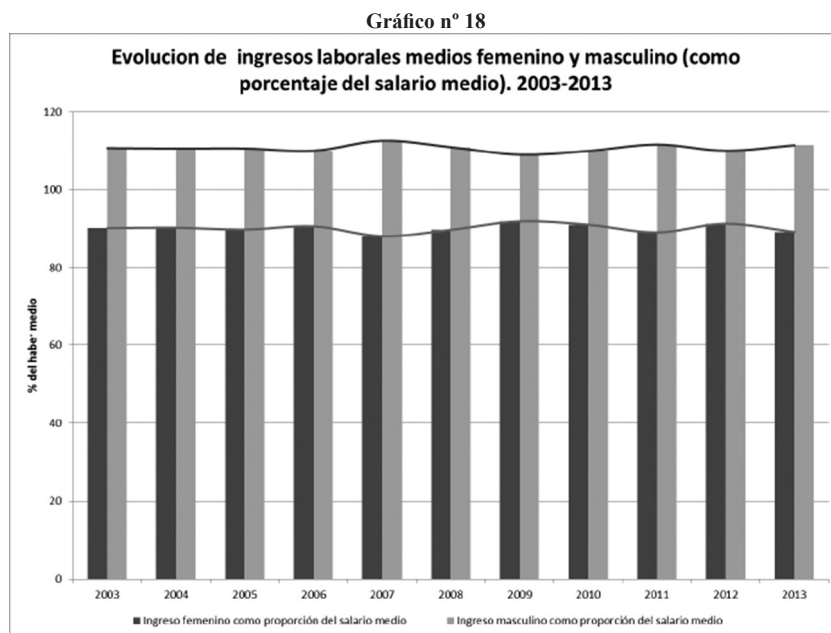




Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Al observar los haberes medios de cada decil IPCF por género en 2003, se constata que la segmentación por género es constante en todos los deciles. En tanto, al comparar los haberes de cada género en los diferentes deciles IPCF en 2003 y 2013, se constata una fuerte mejora en 2013 de la calidad de protección femenina en los 8 primeros deciles IPCF, reduciendo en ellos -y hasta anulando- la brecha con los haberes masculinos, y sólo manteniendo la distancia con los haberes masculinos en los deciles de mayores ingresos, 9 y 10 (*Ver gráficos n° 16 y n° 17*).

Las mejoras registradas en lo que refiere a equidad de género de la protección pueden explicarse también en este caso por el impacto que tuvo la inclusión previsional y la mejora relativamente mayor de los haberes mínimos y medios respecto de los más altos. Sin embargo, como se ha señalado en repetidas oportunidades, se trata de logros vinculados a mecanismos de inclusión y distribución extraordinarios, y sobre los que podrían producirse regresiones en caso de que tales mecanismos no fueran reimplementados (ya sea de manera esporádica, o institucionalizándolos de forma permanente). Por eso también aquí se buscará estimar las consecuencias que tendría para la equidad el retorno a una previsión social basada en mecanismos contributivos de acceso y distribución, observando la brecha entre los ingresos femeninos y masculinos de los trabajadores cubiertos, y estimando así la brecha que se reflejaría entre futuros jubilados.



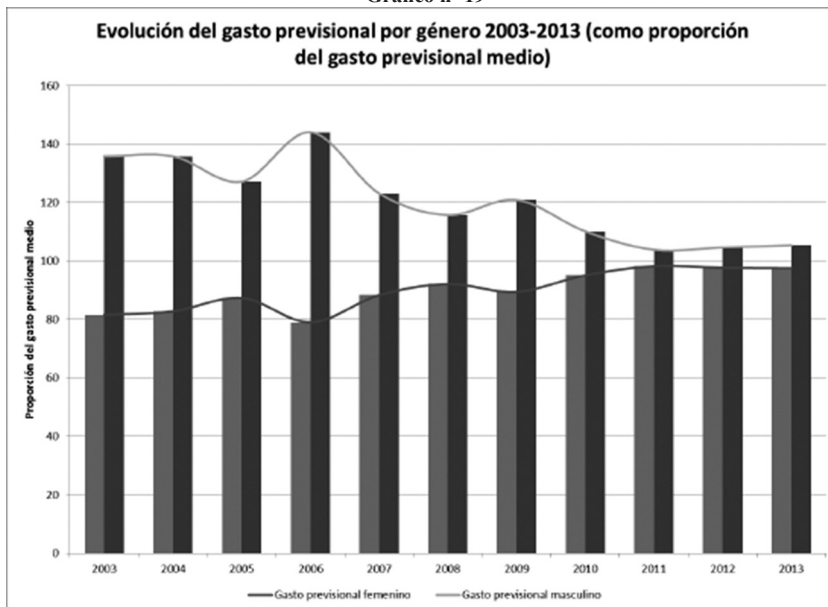
Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Al observar los salarios medios de los trabajadores cotizantes en edad activa de cotizar, se evidencia una segmentación por género que se mantiene casi constante a lo largo de los años (*Ver gráfico n° 18*). Se evidencia con ello que a diferencia de lo ocurrido respecto de la equidad salarial por decil IPCF, entre los trabajadores asalariados cotizantes no se han registrado mejoras distributivas en relación a la segmentación de género, por lo que es esperable una fuerte segmentación de género en los haberes jubilatorios futuros en caso de reproducirse las actuales tendencias de los ingresos salariales de los trabajadores cotizantes.

2. 2. Concentración del gasto previsional por género

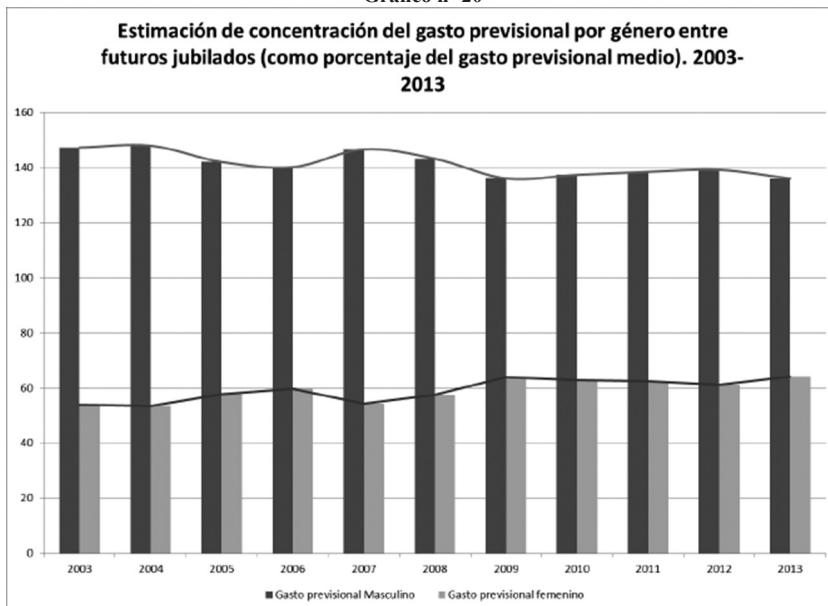
Al observar la evolución de la concentración del gasto previsional por género, si bien puede observarse un tendencia similar a la reducción de la brecha en la calidad de protección entre ambos géneros, en este caso la reducción de la inequidad es aún más significativa, constatándose una drástica reducción de la concentración a partir del año 2006, hasta prácticamente neutralizarla entre 2011 y 2013 (*Ver Gráfico n° 19*).

Gráfico n° 19



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

Gráfico n° 20



Fuente: Elaboración propia en base a microdatos de EPH (INDEC, 2014)

En contraste, al estimar la concentración futura del gasto previsional en un escenario de acceso y distribución contributivos a partir de la situación de los asalariados próximos a jubilarse, no se observa reducción alguna de la concentración que, como puede observarse, es marcadamente pro género masculino. De este modo queda clara la relevancia de los mecanismos de acceso no contributivo a la protección para alcanzar la equidad de género así como una menor segmentación entre las prestaciones jubilatorias femeninas y masculinas.

5. CONCLUSIONES

En los modelos contributivos de previsión social, tanto bismarckianos y beveridgeanos, como mixtos, la protección de la vejez tiende a instrumentarse como un derecho cuyo acceso está mediado por el acceso al mercado de trabajo formal durante la vida activa, y la calidad de la protección se asocia, en mayor o menor medida, a los niveles de ingreso durante la vida activa. Las consecuencias que esto tiene en términos de exclusión y estratificación de la protección pueden ser puestas en cuestionamiento al reflexionar la protección social a la luz del concepto de equidad.

Al operacionalizar dicho concepto, se interpreta que las desiguales calidades de protección y las brechas en la inversión que el sistema de protección realiza entre los diferentes ciudadanos son la manifestación de inequidades en la medida que se asocian a factores adscriptivos como el género o a desventajas socioeconómicas.

Este artículo propuso evaluar la previsión social en Argentina durante la última década en relación a la incidencia del género y el nivel socioeconómico en la desigual distribución del gasto previsional y la estratificación de la calidad de protección en la vejez. Así, el análisis de los micro datos de EPH en relación a indicadores definidos para evaluar la equidad de los beneficios jubilatorios se centró en el impacto de la estratificación por niveles de ingreso y por género, ponderando los niveles diferenciales de protección en relación a su calidad -entendida como capacidad para satisfacer necesidades- y los niveles de concentración del gasto previsional.

Frente a los resultados de la evaluación realizada a partir de los indicadores propuestos, se observa que el patrón distributivo típicamente contributivo, es decir de sustitución de ingresos, tiende a proporcionar una protección de menor calidad entre los adultos mayores de estratos de menores ingresos PCF y entre aquellos de género femenino, vinculada con la inequidad ya establecida en el mercado laboral. Por ello, puede registrarse evidentemente una reducción de la inequidad en caso de que mejore la distribución al interior del mercado de trabajo, algo que si bien ha ocurrido entre trabajadores de distintos estratos en la última década, ha tenido escasos avances en relación a la segmentación por género.

Por otro lado, el perfil del gasto previsional en base a mecanismos de acceso y distribución contributivos es de concentración pro rico y concentración en el género masculino, incluso en caso de producirse una reducción de la desigualdad entre las retribuciones de los asalariados contribuyentes.

En vistas de la evolución que los indicadores tuvieron en la última década se concluye que cuando interfieren mecanismos no contributivos de acceso y distribución, los mismos favorecen la desconcentración del gasto previsional por estrato de ingreso y por género, y una mejora de la equidad de la calidad de protección por estrato y género ya que las desigualdades en los haberes jubilatorios se hacen menos pronunciadas entre los diferentes deciles IPCF, a la vez que se reduce la segmentación de la calidad de protección según género. En suma, la introducción de mecanismos de inclusión no contributivos y el distanciamiento de la norma de “sustitución de ingresos” evidencia un impacto favorable especialmente entre los sectores de menos recursos, ya sea incrementando la calidad de sus prestaciones, reduciendo la brecha con otros jubilados, o redistribuyendo hacia los estratos menos favorecidos una mayor parte del gasto previsional. Por otro lado, tales mecanismos han mostrado en Argentina una gran efectividad para alcanzar la equidad de género, especialmente en relación al gasto previsional por adulto mayor.

Si bien los indicadores de equidad y cobertura de la protección previsional entre adultos mayores son actualmente favorables, no se trata aún de logros consolidados en la medida que se asocian con la implementación de medidas de acceso y distribución de carácter excepcional. Así, aunque el Plan de Inclusión Previsional supuso un gran impacto social y significativas rupturas paradigmáticas, en realidad constituye sólo una medida de coyuntura: las futuras poblaciones de adultos mayores siguen expuestas a la vulnerabilidad y exclusión propias del sistema contributivo y los derechos de los adultos mayores no serán planamente reconocidos hasta que la inclusión y la equidad no se constituyan como aspectos institucionalizados fundamentales en los sistemas de protección social de la vejez.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Abrahamson, Peter (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, No 88. Santiago de Chile. Recuperado de <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/revista/noticias/articuloCEPAL/2/24342/P24342.xml&xsl=/revista/tpl/p39f.xsl&base=/revista/tpl/top-bottom.xsl> [marzo 2012]
- Abramovich Victor & Pautassi Laura (2009). El enfoque de derechos y la institucionalidad de las políticas sociales. En Abramovich y Pautassi (comp.), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 279-340

- Abramovich, Victor & Courtis, Christian (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En Courtis y Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, pp. 3-31.
- Abramovich, Víctor (2004). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo de América Latina. *Documento preparado para la reunión "Derechos y desarrollo en América Latina: una reunión de trabajo"*, Santiago de Chile.
- Andrenacci, Luciano & Repetto, Fabián (2006). Un camino para reducir la desigualdad y construir ciudadanía. En Molina Carlos Gerardo (Ed.). *Universalismo básico. Una nueva política social para América Latina*. pp. 83-114. Banco Interamericano de Desarrollo. México D. F.: Ed. Planeta Mexicana. Recuperado de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1324471>[enero 2012]
- Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS) (2009). *Perspectivas de política social, No 10*. Recuperado de <http://www.issa.int> [enero 2012]
- (AISS) (2010). *Perspectivas de política social, No 15*. Recuperado de <http://www.issa.int> [enero 2012]
- Bertranou, Fabio (2004). *Reformas a los Sistemas de Jubilaciones y Pensiones en América Latina. Paradigmas y Temas Emergentes*. Santiago de Chile: OIT, Oficina subregional para el cono sur de América Latina.
- Cecchini Simone & Martínez Rodrigo (2011). *Protección social inclusiva en América Latina. Una mirada integral, un enfoque de derechos*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/7/42797/Libro-proteccion-social-ALC-CEPAL-2011.pdf> [agosto 2012]
- CEPAL (2000). *Equidad, desarrollo y ciudadanía*. Alfaguara.
- (2006). *La protección social de cara al futuro. acceso, financiamiento y solidaridad*. Santiago de Chile: CEPAL.
- (2012). *Anuario estadístico de América Latina y el Caribe 2012*. División de Estadística y Proyecciones Económicas, Santiago de Chile. Recuperado de http://interwp.cepal.org/anuario_estadistico/anuario_2012/es/conten-ts_es.asp [mayo de 2013]
- Danani, Claudia & Beccaria, Alejandra (2011). "La (contra) reforma previsional argentina 2004-2008: aspectos institucionales y político-culturales del proceso de transformación de la protección". En Danani y Hintze (co-ord.), *Protecciones y desprotecciones: la seguridad social en la Argentina 1990-2010*, pp.103-152.
- Danani, Claudia (2012). "Procesos de reformas y configuración de un nuevo régimen de política social: el trabajo, la seguridad social y los planes sociales en Argentina". *Revista Ciencias Sociales*, 135-136, N°. Especial, pp. 59-72.

- Hernández-Álvarez, Mario (2008). “El concepto de equidad y el debate sobre lo justo en salud”. *Revista Salud Pública*, 10(s1).
- Hopenhayn, Martín (2007). Cohesión social. una perspectiva en proceso de elaboración. En Sojo Ana & Uthoff Andras (Eds.). *Cohesión social en América Latina y el Caribe. Una revisión perentoria de algunas de sus dimensiones*. pp. 37-48. [Colección Documento de Proyecto]. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <http://www.eclac.cl/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/8/28198/P28198.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/dmaah/tpl/top-bottom.xslt>[agosto 2011]
- INDEC (2014). Microdatos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), (en línea). http://www.indec.mecon.ar/principal.asp?id_tema=9556, último acceso enero 2014.
- Mokate, Karen Marie (2001). “Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: que queremos decir”. *Series de documentos de trabajo del INDES, BID*, I-24, Washington DC.
- Molina, Carlos Gerardo Ed. (2006). *Universalismo básico. Una nueva política social para América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo/Planeta, Washington, DC Observatorio de la Seguridad Social (2011). Análisis de la cobertura previsional del SIPA: protección, inclusión e igualdad.
- Naciones Unidas (2010). *Replacement Migration. Is It a Solution to Declining and Ageing Populations?*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/population/publications/migration/migration.htm> [enero 2012]
- OIT (Organización Internacional del Trabajo) (2002). “Diagnostico Institucional del Sistema Previsional Argentino y pautas para enfrentar la crisis”. Documento Confidencial.
- (2011). *Encrucijadas en la seguridad social argentina: reformas, cobertura y desafíos para el sistema de pensiones*. Buenos Aires.
- Pautassi, Laura (2010). Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. En *La Medición de Derechos en las Políticas Sociales*.
- Robles, Claudia (2009). “América Latina y la protección social. Avances y desafíos para su consolidación”. Documento preparado para *Taller de expertos Protección social, pobreza y enfoque de derechos. Vínculos y tensiones*, CEPAL y GTZ. (en línea. www.eclac.cl/dds/noticias/paginas/7/37567/SesionConsolidProtSoc.pdf, último acceso 1 de enero 2014.
- Venturi, Augusto (1994). *Los fundamentos científicos de la seguridad social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Secretaría general para la Seguridad social.

Mercado de Trabajo

LAS TRANSICIONES DE LA FORMACIÓN AL TRABAJO DE LOS JÓVENES ESPAÑOLES EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS EDUCATIVAS CONTEMPLADAS EN LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN 2013/2016*

MARÍA JOSÉ GÓMEZ TORRES

Profesora Titular de E. U. de Didáctica y Organización Educativa

ROSARIO ORDÓÑEZ SIERRA

Profesora Contratada Doctora

Facultad de Ciencias de la Educación. Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Transición a la vida activa, política educativa, desempleo de los jóvenes, formación profesional, enseñanza técnica y profesional

Este trabajo aborda el estudio de algunas de las medidas de carácter formativo incluidas en la “Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-16” que el Gobierno de España ha diseñado para combatir el desempleo juvenil, el abandono escolar temprano y la insuficiente cualificación profesional que caracteriza a los jóvenes españoles menores de 30 años. La importancia de contar con una formación y cualificación profesional sólida es hoy día un requisito básico para tener éxito en el mercado laboral y, por ello, un tercio de las cien medidas propuestas en esta estrategia se basan en el desarrollo de iniciativas que posibiliten la adquisición de una mayor empleabilidad en los jóvenes que se encuentran, actualmente, fuera del mercado de trabajo. Destacan entre las medidas propuestas a corto plazo las dirigidas a fomentar tres tipos de programas: los dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad; los que implican formación con compromiso de contratación y los programas que facilitan la adquisición del título de educación secundaria obligatoria a los jóvenes que abandonaron prematuramente sus estudios. Para comprender el alcance de estas propuestas es necesario realizar un análisis del proceso que se ha ido produciendo en el Sistema Educativo Español para acomodarse a la estructura socio-laboral de la Unión Europea y las implicaciones que tiene para los ciudadanos.

ABSTRACT

Key words: Transition from school to work, Educational policy, youth unemployment, vocational education, technical and vocational education

This report deals with the study of some of the measures of educational character, included in the “Strategy of Entrepreneurship and Youth Employment 2013-16”, in which the government of Spain has designed to combat youth unemployment, early school leaving and insufficient professional qualification that characterizes young Spanish people under the age of 30 years old. The importance of counting on training and professional qualification is now a basic requirement to succeed in the labour market and therefore a third of the one hundred measures proposed in this strategy is based on developing initiatives that allow the acquisition of greater employability in youth who are currently outside the labor market. Prominent among the proposed short-term measures are three types of programs, those aimed at obtaining professional certificates, training involving the commitment of hiring, and programs that facilitate the acquisition of the title of compulsory secondary education amongst youth that leave their studies prematurely. To understand the scope of these proposals it is necessary to perform an analysis of the process that has taken place in the Spanish educational system to suit the structure of social-labour of the European Union and the implications on citizens.

* Proyecto DER2012-36755

ÍNDICE

1. TRANSICIONES LABORALES: LOS JÓVENES FRENTE AL MERCADO DE TRABAJO
 - 1.1. La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016 como iniciativa facilitadora de las transiciones de los jóvenes
 - 1.2. El Sistema de Garantía Juvenil: luces y sombras
 - 1.3. Implantación del Sistema de Garantía Juvenil en Andalucía: el Programa Empl@Joven y la Iniciativa @mprende+.
2. ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS EDUCATIVAS INCLUIDAS COMO RESPUESTA AL DESEMPLEO JUVENIL EN LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN 2013-16
 - 2.1. Medida M1. Extender los programas dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad y los programas formativos con compromiso de contratación
 - 2.2. Medida M2. Desarrollo de programas para que los desempleados que abandonaron de forma prematura sus estudios puedan obtener el título de educación secundaria obligatoria
3. LA PROGRESIVA ACOMODACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL A LA ESTRUCTURA SOCIOLABORAL DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO DE LA “NUEVA” FORMACIÓN PROFESIONAL BÁSICA
 - 3.1. La Formación Profesional Básica: ¿solución real o fraude estadístico?

1. TRANSICIONES LABORALES: LOS JÓVENES FRENTE AL MERCADO DE TRABAJO

Los procesos de transición de la formación al trabajo, o transiciones¹, se definen como “*el periodo que va entre el final de la educación, o formación inicial, de las personas y su asentamiento estable en un puesto de trabajo*” (Müller y Gangl, 2006:1)². De esta manera cada joven que sale del sistema educativo experimentará su propio proceso de transición al mundo del trabajo, tan original y único como lo es el propio sujeto que lo vive. Tradicionalmente estos procesos se han considerado compuestos por diversas etapas en las que se alternaban periodos de desempleo, más o menos largos, con periodos de empleo precario, hasta que el sujeto lograba alcanzar el puesto de trabajo que le permitía desarrollar una vida adulta plena. Eran entendidos, por lo tanto, como procesos secuenciales, universales y generalizados en las vidas de los ciudadanos, representándose como un continuum que abarcaba desde el final de la educación, pasando por el acceso al mercado laboral y la salida del hogar de referencia, hasta consolidar su propia estructura familiar. Sin embargo, hoy día estos procesos han dejado de ser lineales y han pasado a ser discontinuos

¹ Este término sustituye al concepto de inserción socio-laboral utilizado en los años 70 del siglo XX para referirse a la primera incursión de los jóvenes en el mercado laboral. La corriente actual utiliza el término transiciones, en plural, para resaltar la complejidad de estos procesos y la variabilidad de los mismos, en función de las experiencias particulares por las que pasa cada persona.

² Müller, W y Gangl, M (2006). The transitions from school to work a European perspective, en W. Müller y M. Gangl (Coord.). *Transition from Education to Work in Europe. The Integration of Youth into EU Labour Markets*. New York: Oxford University Press, pp: 1-19.

como consecuencia de la precariedad laboral, los contratos de poca duración, las facilidades para el despido y la incertidumbre que rodea el mercado laboral, obligando al joven emancipado a volver a la vivienda familiar o, simplemente, impidiéndole independizarse. Adame y Salvá (2010)³ señalan los aspectos fundamentales que caracterizan los procesos de transición en la actualidad, entendiéndose como patrones aplicables a todos los países:

- La dilatación de los procesos de transición en el tiempo por la ampliación de la enseñanza obligatoria y las condiciones del mercado laboral. La corriente de la educación comprensiva se establece en nuestro país mediante la LOGSE (1990)⁴, con la ampliación de la enseñanza obligatoria hasta los 16 años de edad para equipararnos con la edad de acceso al mercado laboral imperante en los países de nuestro entorno.
- La discontinuidad: si tradicionalmente las transiciones eran de carácter lineal, hoy día se han convertido en procesos que implican periodos de ida y vuelta entre trabajo y formación.
- La incertidumbre y la precariedad que se apodera de la vida de los jóvenes inmersos en procesos de transición asociados a empleos precarios, con bajo sueldo, con peores condiciones laborales y más vulnerables a los despidos.
- La singularidad de los procesos, por ser tan genuinos como lo son sus protagonistas, dados los numerosos factores intervinientes en los mismos de carácter estructural (clase social, etnia, género) e institucional (políticas educativas, sociales y laborales del contexto).

Si bien las transiciones laborales de los jóvenes se han visto profundamente afectadas por las condiciones socio-económicas y políticas en los últimos años, también es cierto que se han identificado factores que agilizan y facilitan las transiciones hacia empleos estables y de calidad, destacando entre todos: *la formación*. Tres razones básicas fundamentan la necesidad de incrementar la formación de los jóvenes⁵, especialmente aquellos que no disponen de las cualificaciones necesarias para ser competitivos dentro del mercado laboral y

³ Adame Obrador, M.T. y Salvá Mut, F. (2010). Abandono escolar prematuro y transición a la vida activa en una economía turística: el caso Baleares. *Revista de Educación*, 351. Enero-abril, pp: 185-210.

⁴ Ley Orgánica, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo. (LOGSE, 1990). (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-24172>).

⁵ García Gracia, M., Casal i Batallé, J., Merino Pareja, R., Sánchez Gelabert, A. (2013). Itinerarios de abandono escolar y transiciones tras la enseñanza secundaria obligatoria. *Revista de Educación*, 361, Mayo-Agosto, pp: 361-135.

disfrutar de transiciones suaves y efectivas⁶: la relevancia de obtener una formación inicial sólida sobre la que asentar futuros aprendizajes y procesos de formación continua; los vertiginosos cambios económicos que inciden en los patrones productivos e impiden respuestas rápidas y eficaces ante las demandas del mercado laboral; y la competitividad económica que exige una mano de obra cada vez más formada y especializada, capaz de acomodarse a los cambios con rapidez y eficacia.

Formación y cualificación se erigen como los ejes esenciales para acceder al mercado de trabajo y tener éxito, es decir, para contar con opciones reales en el mercado laboral. Sin embargo, hoy día no basta con poseer formación y cualificación ya que, además, se requiere tener y acreditar experiencia laboral previa como garante de éxito en la búsqueda de empleo. Los estudios señalan que compaginar la formación con algún tipo de trabajo tiene efectos positivos en la futura incorporación en el mercado laboral de los jóvenes (Wolbers, 2006)⁷, pues se considera una oportunidad para adquirir conocimientos, actitudes, valores, habilidades, etc. básicas para conformar la identidad del trabajador, solo accesible mediante la experiencia directa dentro del engraje laboral. Se considera así que la naturaleza social del puesto de trabajo proporciona posibilidades de aprendizaje informal que se pueden aprovechar con intenciones formativas y que los procesos de producción permiten plantear relaciones entre los distintos modos de conocimiento del trabajador⁸. Sin embargo, para poder simultanear formación y trabajo los estudiantes deben contar con un mercado laboral propicio, con ofertas de empleo suficientes y de calidad. Una situación idílica que dista mucho del panorama económico actual, especialmente en España donde la tasa de jóvenes desempleados sigue siendo la más alta de la Unión Europea (UE) llegando incluso a superar nuestro propio record al situarse, en noviembre del pasado año 2013, en un 57,7% según la Oficina Europea de Estadística (Eurostat)⁹. Sin embargo, la crisis de empleo entre los jóvenes no es un problema nuevo ni exclusivo de nuestro país. Por el contrario, el interés por remediar el desempleo juvenil ha sido centro del de-

⁶ Gómez Domínguez, D.; Arévalo Quijada, M.T.; y Calvo Gallego, F.J. (2013). La situación sociolaboral de los jóvenes españoles: algunas notas, en M.F. Fernández López y F.J. Calvo Gallego (Dir.). *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Albacete: Bomarzo, pp: 27-63.

⁷ Wolbers, MH (2006). Learning and working: double statuses in youth transitions, en W. Müller y M. Gangl, M (Eds). *Transition from Education to Work in Europe. The Integration of Youth into EU Labour Markets*. New York: Oxford University Press, pp. 131-155.

⁸ Marhuenda, F., Bernard i Garcia, J.C. y Navas, A. (2010). Las prácticas en empresa como estrategia de enseñanza e inserción laboral: las empresas de inserción social. *Revista de Educación*. 351, Enero-abril, pp: 139-161.

⁹ Eurostat. Oficina Estadística de la Comunidad Europea. (Statistical Office of the European Communities). http://www.ec.europa.eu/index_en.thm

bate en las instituciones europeas desde hace años, con propuestas y recomendaciones caracterizadas por “un enorme continuismo y falta de imaginación de sus artífices, pese a la cantidad ingente de órganos, reuniones formales e informales, encuentros, etcétera, que se incorporan a la agenda comunitaria” (p: 67)¹⁰. Son propuestas que desembocan finalmente en manos de los estados miembros, sobre los que recae el protagonismo en la lucha contra el desempleo juvenil. En este marco de acción e influencia de las instituciones comunitarias la Resolución de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 2012, sobre “La crisis de empleo juvenil: un llamado a la acción”¹¹, recupera en sus conclusiones el compromiso renovado de agilizar la aplicación de la Resolución adoptada en la 93ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) del año 2005¹² en la que se apuesta por un enfoque integrado y congruente basado en la combinación de intervenciones micro y macro económicas, e insta a los diversos dirigentes e instituciones internacionales a fomentar las oportunidades de trabajo decente para los jóvenes por medio de elaboración de normas, adquisición de conocimientos, fomento y servicio. En este sentido, casi diez años más tarde, como consecuencia del agravamiento de la crisis de empleo entre los jóvenes, y los posibles efectos negativos derivados que produce en la estructura socioeconómica de los países, la Resolución de la 101ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2012¹³ invita a los gobiernos a “asignar la máxima prioridad al empleo juvenil en los marcos nacionales e internacionales de desarrollo; elaborar, con la participación de los interlocutores sociales, planes de acción nacionales integrados, con plazos definidos y con objetivos medible para el empleo decente”. Estas recomendaciones serán el germen de una estrategia incluida en el Plan Nacional de Reformas del año 2012 que el Gobierno de España denominará Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016¹⁴ (EEEJ2013-16) dirigida a luchar contra la intolerable tasa de desempleo entre los jóvenes que existe en nuestro país.

¹⁰ Morales Ortega, J.M. (2013). La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven y la Ley 11/2013 en el contexto europeo: garantía laboral y garantía formativa, en M.F. Fernández López y F.J. Calvo Gallego (Dir). *La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Albacete: Bomarzo, pp: 65-98.

¹¹ OIT, “La crisis del empleo juvenil: Un llamado a la acción. Resolución y conclusiones de la 101ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2012, pp:7. www.ilo.org/vcmosp5/groups/public/---ed_norm/--elconf/documents/meetingdocument/wcms_187080.pdf.

¹² 93ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra del 31 de mayo al 16 de junio de 2005, p.7, en www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc93/pdf/guide.pdf.

¹³ Resolución de la 101ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra del 30 de mayo al 14 de junio de 2012. www.ilo.int/ilc/ILCSessions/101stSession/lang-es/index/htm

¹⁴ Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016. www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/

1.1. La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-16 como iniciativa facilitadora de las transiciones de los jóvenes

La Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-16, aprobada el 12 de marzo de 2013, se compone de cien “nuevas” medidas¹⁵ que se distribuyen en dos grandes bloques: por una parte, las 15 primeras han sido diseñadas para ser implementadas a corto plazo y se denominan “de choque”; por otra, las siguientes 85 medidas, numeradas del 1 al 85, se inscriben entre las iniciativas cuyo abordaje se plantea a medio-largo plazo y están dirigidas a “hacer frente a los problemas estructurales que inciden en el empleo joven, especialmente el relacionado con la falta de una adecuada transición entre la formación y trabajo, mediante una estrecha conexión entre la formación recibida y las necesidades reales del mercado laboral” (p:17)¹⁶. En conjunto, todas ellas pretenden hacer frente a aspectos como la temporalidad, el subempleo y/o la parcialidad no deseada, entre otros; y se dirigen a jóvenes menores de 30 años, especialmente a los que se encuentran en situación de desempleo. En el caso de las personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, la edad se eleva hasta los 34 años.

A pesar de que la estrategia presentada por el Gobierno de España reproduce fielmente el modelo propuesto por el Consejo de la Unión Europea, en las Recomendaciones promulgadas el 22 de abril de 2013¹⁷, no respeta, sin embargo, el consejo expreso de contar con la totalidad de los agentes e interlocutores sociales para el diseño de los planes dirigidos contra el desempleo juvenil. Y esto es así porque en España se ha obviado la participación de colectivos básicos como las asociaciones de jóvenes, por lo que puede asegurarse que “el Estado español ha dado sólo un cumplimiento parcial con este punto

¹⁵ No todas las medidas presentadas suponen una novedad. Es el caso de las medidas a medio-largo plazo m11 y m12 referidas a la formación dual o en alternancia, que ahora se implanta a nivel nacional, ya había sido ampliamente desarrollada con antelación en otras comunidades autónomas, como Cataluña. Igualmente, resulta sorprendente la cifra total de medidas diseñadas, un total de 100, ya que examinadas con detenimiento muchas parecen incluidas de manera forzada, vacías de contenido concreto, complementando otras ya formuladas y/o que engloban propuestas de acciones dirigidas a aspectos poco o nada relacionados entre sí. Por estas razones puede aventurarse la existencia de una maniobra propagandística subyacente en el número total de medidas presentadas, una cifra que es, ante todo, fácil de recordar y publicitar dentro del escenario político.

¹⁶ Guerrero Vizuete, E (2013). Las medidas de estímulo a la creación de empleo juvenil contenidas en la Ley 11/2013 de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo: puntos críticos. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 123, pp: 13-44.

¹⁷ Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil. (2013/C 120/01).

www.eur-ex.europa.eu/lexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:120:0001:0006:es:PDF.

a las propuestas comunitarias”, como indica Morales Ortega (2013)¹⁸. A pesar de esta ausencia, o a consecuencia de ella, finalmente los objetivos marcados para la estrategia española se concretan en los cuatro siguientes: a) contribuir a mejorar la empleabilidad de los jóvenes y facilitarles el acceso en el mercado laboral; b) aumentar la calidad y la estabilidad del empleo; c) promover la igualdad de oportunidades, con una especial atención a los jóvenes con riesgo de exclusión social; y d) fomentar el espíritu emprendedor. Para el abordaje de estos objetivos se adoptan tres perspectivas complementarias: la perspectiva de la oferta, que incluye líneas de actuación para dar respuesta a las necesidades de las personas que pretendan incorporarse, mantenerse o mejorar su situación dentro del mercado de trabajo; la perspectiva de la demanda, que desarrolla líneas de actuación en respuesta a las necesidades de las empresas y los empleadores a la hora de contratar a futuros trabajadores; y, por último, la perspectiva institucional, cuyas líneas de actuación aspiran a mejorar la eficiencia de la Administración Pública en la gestión relacionada con el mercado laboral. Las iniciativas que surjan desde cada una de las perspectivas señaladas deberán estar enmarcadas dentro de las diez líneas de actuación establecidas para dar respuesta a las debilidades estructurales que caracterizan el panorama socio-laboral en nuestro país y que propician las altas tasas de desempleo entre los menores de 30 años. Las diez líneas de actuación marcadas por la EEEJ2013-16 son: Educación, Formación, Mejora en el conocimiento de idiomas y en el manejo de herramientas tecnológicas, Fomento del emprendimiento y el autoempleo, Gestión de las administraciones públicas, Orientación, acompañamiento y mejora de la intermediación de los servicios públicos de empleo y sus entidades colaboradoras, Estímulos a la contratación, Flexibilidad en el empleo, Igualdad de oportunidades y Colaboración público-privada en la búsqueda de un puesto de trabajo. La estrategia española confía en que las iniciativas que surjan y se desarrollen en el marco de estas líneas de actuación logren fortalecer nuestra frágil estructura socio-laboral que se caracteriza, entre otros, por los siguientes factores¹⁹ que obstaculizan la creación de empleo para los jóvenes y el fomento entre éstos de actividades emprendedoras:

1. Alta tasa de abandono escolar temprano. La herencia que la economía especulativa ha dejado en nuestro país queda materializada en un porcentaje del 24,9% de personas menores de 29 años que carecen de la cualificación suficiente, y necesaria, para afrontar la búsqueda de un empleo estable, y que dobla los valores de la UE-27 que se sitúan en el 12,7%, según fuentes de Eurostat para el año 2012. Esta categoría está constituida por jóvenes con escasa cualificación profesional que ni trabajan, ni estudian, los comúnmente

¹⁸ Morales Ortega, J.M. (2013). Op.cit, p. 66.

¹⁹ Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013/2016. Op.cit, pp. 34-53. www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/

denominados “ni-nis”²⁰ en castellano (NEET, en inglés). Los datos indican que en España hay el doble de jóvenes en esta situación que la media de la Unión Europea y muchos de ellos derivan de la categoría denominada “abandono escolar temprano”. En esta categoría se integran varias tipologías de personas desempleadas menores de 30 años que no cuentan con la formación necesaria para enfrentarse a las demandas actuales del mercado laboral. La EEEJ2013-16 que fue diseñada para hacer frente al desempleo juvenil, centrándose principalmente en la necesaria inserción de los jóvenes en el mercado laboral, plantea medidas que se dirigen, en orden de prioridad, a los siguientes grupos de jóvenes:

- jóvenes que carecen de experiencia previa, es decir, jóvenes activos desocupados sin empleo anterior o con una experiencia previa inferior a tres meses que, según estimaban los datos del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) habría, a finales del 2012, más de 220.000 demandantes de empleo en paro sin empleo anterior y cerca de 400.000 desempleados con una experiencia laboral inferior a tres meses;
- jóvenes activos ocupados subempleados – un grupo estimado de 1.102.861 personas menores de 30 años que trabajan bien de forma temporal y/o parcial sin desearlo;
- jóvenes económicamente inactivos que están estudiando, compuesto aproximadamente por 2.400.000 jóvenes de entre 16 y 29 años que se encuentran estudiando en la actualidad; y
- jóvenes ocupados de forma adicional (como eufemismo de temporal) – estimados en 2.400.000- a los que se dirigen medidas de formación para la mejora de su competitividad y productividad, para incentivar la cultura emprendedora o fomentar la igualdad de oportunidades.

El factor común que une a estos colectivos es la situación de desventaja en la que se encuentran debido a la insuficiente formación para poder responder a las demandas del mercado laboral, agravada aún más por la escasez de ofertas existentes. Sin duda, el desempleo juvenil se subsana con empleo, pero sin ofertas de trabajo disponibles solo queda la formación permanente, es decir, la búsqueda de la empleabilidad mediante la formación. A este fin la EEEJ2013-16 dedica un tercio de las medidas planteadas, de las que dos de ellas serán objeto de análisis más adelante en este documento.

2. Un mercado de trabajo juvenil altamente polarizado. Nuestro país se

²⁰ Generación “ni-ni”, en castellano (NEET como acrónimo de la expresión inglesa “*Not in Employment, Education or Training*”) es un término en principio simple que define a los jóvenes con una formación académica y profesional básica o inferior, exponentes de un sector de la población activa caracterizada por su baja cualificación profesional, que se encuentran sin trabajo y que no tienen la intención de ingresar de nuevo en el sistema reglado para adquirir la formación superior que exige la evolución actual del mercado de trabajo.

caracteriza por contar con el porcentaje más elevado respecto a otros países europeos de jóvenes con un nivel de formación bajo, por sostener una tasa de paro que duplica la media europea y, además, por ostentar el dudoso honor de poseer el porcentaje más elevado, entre los países de la zona euro, de jóvenes altamente cualificados que están subempleados o padecen una tasa de paro muy superior a la media de la UE.

3. El escaso peso relativo de la Formación Profesional de grado medio, lo que no se adapta a la estructura de las cualificaciones que necesita la economía actual. Si bien es cierto que España no ha contado nunca con la tradición en los estudios de formación profesional que existe en países de nuestro entorno como Alemania y Francia, entre otros, durante los últimos años esta tendencia ha ido desapareciendo con un incremento en las matrículas de los estudios, un mayor apoyo económico y el reconocimiento social de los títulos de grado medio y superior. Nada comparable con los países del norte de Europa (Couppié y Mansuy, 2006)²¹ en los que la Formación Profesional cuenta con una gran consideración y un largo pasado en la reglamentación y el establecimiento de convenios para combinar formación y empleo, aunque con formas diferentes de organizarla. Sin embargo, en los países del sur no existe esta tradición, ni los estudios de formación profesional cuentan con la misma consideración. En los primeros, se ofrece la oportunidad de simultanear los estudios y el trabajo, si se desea, con diversas fórmulas organizativas según el país, en las que se desarrollan programas de formación profesional dirigidos a enseñar habilidades específicas basadas en las demandas de un mercado de trabajo ocupacional (OLM: *Occupational Labour Market*). En los segundos, por el contrario, solo se puede ser trabajador si se ha dejado de estudiar, con la esperanza de especializarse en un puesto de trabajo futuro, como corresponde a un modelo de mercado de laboral interno (ILM: *Internal Labour Market*). España pertenece a los países del sur dentro de la Unión Europea obviamente por su situación geográfica, pero además tiene esta consideración por el escaso valor social que tradicionalmente han tenido los estudios de Formación Profesional y por su modelo de organización, poco propicia a ofrecer opciones de simultanear/alternar los estudios con la experiencia laboral. Se trata de un modelo de mercado estructurado, caracterizado por contar con una fuerza sindical influyente (Davía, 2004)²² que evita que las relaciones entre empleados y empleadores se base exclusivamente en el salario, en trabajadores con escasa cualificación,

²¹ Couppié, T. y Mansuy, M. (2006). Young people and new entrants in European labour markets: the timing of gradual integration, en W. Müller y M. Gangl (Eds): *Transition from Education to Work in Europe. The Integration of Youth into EU Labour Markets*. New York: Oxford University Press, pp: 63-106.

²² Davía Rodríguez, M.A (2004): *La inserción laboral de los jóvenes en la Unión Europea*. Madrid: Consejo Económico y Social.

en trabajo a destajo y en un nivel bajo de capital físico o maquinaria. Los mercados estructurados se caracterizan por coexistir en ellos dos modalidades diferentes de trabajadores: los del modelo interno y los del modelo externo. Los salarios en el caso del modelo de trabajadores internos se establecen en función de la antigüedad, de los méritos propios del trabajador y de los prejuicios que existen hacia estos trabajadores; por lo tanto, se enfrentan a los intereses y posibilidades de los trabajadores externos, grupo al que pertenecen los jóvenes. Éstos últimos tienen escasas posibilidades de alcanzar los mercados internos, ya que los adultos que participan en estos mercados se protegen mediante presión salarial bloqueando, así, las posibilidades de entrada de los trabajadores externos.

4. El bajo nivel de conocimiento de idiomas extranjeros que condiciona negativamente la empleabilidad de los jóvenes. El concepto de empleabilidad siempre es relativo al puesto de trabajo al que se accede, o se pretende acceder, por lo que solo puede evaluarse o medirse en función de las características particulares de una oferta concreta de empleo. De esta manera, un individuo puede tener al mismo tiempo una empleabilidad diferente en función de las ofertas a las que aspire en un momento dado. Se entiende, así, como “competencias de empleabilidad” al “conjunto de capacidades esenciales para aprender y desarrollarse eficazmente en el puesto de trabajo; incluyendo capacidades de comunicación y relación interpersonal, de resolución de problemas y manejo de procesos organizacionales, y de organización de los propios comportamientos en función de los requerimientos del puesto de trabajo”²³. Por tanto, lejos de referirse a la posesión de destrezas técnicas específicas de una profesión concreta, incluye también otras que completan la identidad total del joven como son: las destrezas cognitivas, sociales, transversales y actitudinales. Todas ellas imprescindibles para formar parte de las actuales sociedades tecnológicas y productivamente exigentes en las que vivimos. Brunner (2000)²⁴ describe algunas de ellas como: las competencias *genéricas* que no están atadas a una ocupación en particular; las *transversales*, aquellas necesarias en todo tipo de ocupaciones; las *transferibles* que se adquieren mediante procesos sistemáticos de enseñanza-aprendizaje; las *generativas*, aquellas que permiten el desarrollo continuo de nuevas capacidades, y las *evaluables* cuya adquisición y desempeño puede evaluarse de manera rigurosa. El dominio de lenguas extranjeras constituye una destreza básica en cualquier perfil de empleabilidad hoy en día, representando un reto al que la sociedad española, jóvenes y no tan jóvenes, debe hacer frente si se quiere participar en el mercado laboral global en el que nos encontramos inmersos, puesto que el conocimiento y el dominio de al me-

²³ Marhuenda et al. (2010) Op.cit. pág. 143

²⁴ Brunner (2000) citado por Marhuenda et al. (2010). Op.cit. pág.143.

nos un idioma extranjero incrementa en un 44% las opciones de conseguir un empleo estable y gratificante²⁵.

5. Atipicidad no deseada, precariedad y/o baja calidad en el empleo. Según se indica en la presentación del EEEJ2013-16, en España más de tres cuartas partes de los jóvenes empleados trabajan, de forma temporal, parcial, o ambas, sin desear dichas modalidades de contrato, lo que representa un 83% de los jóvenes con trabajo. Así, son los jóvenes los que soportan “una mayor precariedad y atipicidad no deseada de su relación; que a pesar de su cualificación o nivel de estudios más amplio que la media española, sigue percibiendo ingresos anuales más bajos”²⁶. Los datos manejados por el Gobierno señalan la existencia de un 51% de jóvenes que trabajan de forma parcial a la espera de suscribir un contrato indefinido. Una aspiración difícil en estos tiempos en los que presenciamos la constante eliminación de empleos a indefinidos frente a aquellos sujetos a temporalidad.

6. Las personas en situación riesgo de exclusión social tienen más difícil el acceso al mercado laboral. España se sitúa entre los países donde más significativo y profundo ha sido en incremento de la desigualdad social y la pobreza infantil en los últimos años²⁷. En 2011, el último año para el que existen datos comparativos, las desigualdades se agudizaron sobre todo en Grecia (tres puntos porcentuales en el índice de Gini²⁸) y en España (1,5 puntos), mientras que en el conjunto de la OCDE permanecieron casi estables. Se estima que la evolución del caso español está asociada a las pérdidas masivas de empleo durante la crisis, que han generado diferencias de ingresos entre los que tienen un puesto de trabajo y los que no.

7. Reducido espíritu empresarial. Los datos destacan la disminución del número de jóvenes autoempleados en más de la mitad en el periodo 2007-2011, además de poner en evidencia la escasa iniciativa emprendedora que existe entre la población juvenil. El potencial emprendedor en España se encuentra actualmente inmerso en una problemática que impide su desarrollo: la falta de confianza en el sistema económico. La creación de un tejido empresarial

²⁵ Ordóñez-Sierra, R. y Gómez-Torres, M.J. (2013). Posturas adoptadas por las diferentes comunidades autónomas españolas ante la medida relativa al aprendizaje de idiomas presentada por el Gobierno en la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016. *Actas del VI Congreso Internacional de Formación para el trabajo*. Tarragona: Diciembre, pp:48-58.

²⁶ Gómez Domínguez, M.D.; Arévalo Quijada, M.T; y Calvo Gallego, F.J (2006) Op.cit, pág: 63.

²⁷ OCDE. Panorama sobre la Sociedad 2014. Resultados clave: España, la crisis y sus consecuencias, en <http://www.oecd.org/spain/OECD-SocietyAtaGlance2014-Highlights-Spain.pdf>.

²⁸ Índice de Gini. Indicador utilizado para medir hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Una curva de Lorenz muestra los porcentajes acumulados de ingreso recibido total contra la cantidad acumulada de receptores, empezando a partir de la persona o el hogar más pobre.

robusto requiere la eliminación de las barreras y obstáculos que disuaden a los nuevos emprendedores a arriesgarse y acometer la tarea de abrir una empresa. Las trabas y obstáculos tradicionales se concretan en cuatro tipos (Álvarez, 2013)²⁹: la excesiva burocracia administrativa en la creación de empresas; la dificultad para que los nuevos emprendedores accedan a créditos o servicios financieros que les permitan poner en funcionamiento sus iniciativas empresariales; la falta de formación empresarial para hacer frente a los retos que debe afrontar el emprendedor y la creación de una cultura emprendedora. Con estas circunstancias coyunturales el Gobierno de España diseña una estrategia, a la sombra de las propuestas formuladas por la UE, para hacer frente a la crisis de empleo en la que se encuentra inmerso nuestro mercado de trabajo y que afecta especialmente a la población juvenil.

1.2. El Sistema de Garantía Juvenil: luces y sombras

En diciembre de 2013 el Gobierno de España remite a la Comisión Europea un instrumento específico de planificación, denominado Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil³⁰, que se sirve de la orientación profesional para establecer los servicios que mejor se adapten a las personas jóvenes a las que se dirige la atención del Sistema de Garantía Juvenil. Este documento tiene su origen en diversas recomendaciones de la Comisión Europea - Recomendaciones la Comisión Europea del 5 de diciembre de 2012³¹ y, más recientemente, en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil³²- quedando regulado el régimen general del Sistema Nacional de Garantía Juvenil en España, y el procedimiento de atención a los beneficiarios del mismo, mediante el Título IV, del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes

²⁹ Álvarez Cortés, J.C. (2013): la reducción y bonificación de cotizaciones como instrumento de fomento del emprendimiento y el auto empleo en los jóvenes, en M.F. Fernández López y F.J. Calvo Gallego (Dir): *La estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven en la Ley 11/2013: desempleo, empleo y ocupación juvenil*. Albacete: Bomarzo. Pp: 99-129.

³⁰ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil. Diciembre, 2013. http://www.empleo.gob.es/es/estrategia-empleo-joven/destacados/plan-nacionalgarantiajuvenil_es.pdf.

³¹ Comisión Europea, 5 de diciembre de 2012: "Promover el Empleo Juvenil" {SWD(2012) 406 fin}. Bruselas 5/12/2012. <http://www.bizkaia.net/ogasuna/europa/pdf/documentos/12-com727.pdf>.

³² Recomendación del Consejo de la Unión Europea, de 22 de abril de 2013, sobre el establecimiento de la Garantía Juvenil. (2013/C 120/01). Consultado el 10/05/2014 en: www.eur-lex.europa.eu/lexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:120:0001:0006:es:PDF.

para el crecimiento, la competitividad y eficacia³³. La Garantía Juvenil es una iniciativa frente a la crisis de empleo para los jóvenes que pretende garantizar que todas las personas menores de 25 años, inscritos o no en los servicios de empleo, reciban una oferta concreta y de buena calidad en un plazo de 4 meses tras el fin de su formación o el inicio de su periodo de desempleo. La oferta deberá contemplar alguna de las siguientes opciones: un trabajo, un periodo de prácticas, un periodo de formación en una empresa o un curso en un centro de enseñanza. Con la premisa de adaptarse a las necesidades y situaciones individuales de los sujetos a los que se dirige esta iniciativa.

El RDL 8/2014 en el artículo 88 enumera los sujetos implicados en esta iniciativa señalando en el apartado a) a la Administración General del Estado, las administraciones de las comunidades autónomas; así como, las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas, cada una en el ámbito de sus competencias; en el apartado b) a las entidades que integran la Administración Local, así como las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las mismas, cada una en el ámbito de sus competencias; en el c) a los sujetos y entidades que actúen en el ámbito privado; y, por último, en el apartado d) a los jóvenes mayores de 16 años y menores de 25, o menores de 30 años en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, que cumplan con los requisitos recogidos en el Real Decreto-ley 8/2014 para beneficiarse de una acción derivada del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Los principios generales sobre los que se articula el Sistema español son dos: por una parte, la promoción de la colaboración, el diálogo y el consenso de todas las partes interesadas, para favorecer un trabajo conjunto que se pueda materializar en una integración coherente de las políticas dirigidas a mejorar la empleabilidad y favorecer la inserción en el mundo laboral de los jóvenes a que se refiere el artículo 88.d; y, por otra, en el compromiso de su puesta en marcha en todo el territorio nacional y el acceso en igualdad de condiciones para todos los jóvenes objeto de atención, con independencia de sus circunstancias personales y/o sociales, y atendiendo a sus necesidades específicas, con especial dedicación a quienes se encuentren en una situación de desventaja y/o riesgo de exclusión. La norma establece dos objetivos básicos:

- que todos los jóvenes a los que se refiere el artículo 88.d), no ocupados ni integrados en los sistemas de educación o formación, puedan, recibir una oferta de empleo, educación continua, formación de aprendiz o periodo de prácticas tras acabar la educación formal o quedar desempleadas, a través de la implantación de un Sistema de Garantía Juvenil que será desarrollado en sus respectivos marcos competenciales por las entidades a las que se refieren

³³ Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia, en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-7064.

los apartados a), b) y c) del artículo 88. La atención se prestará a los jóvenes con independencia de su inscripción o no como demandantes de empleo; sin embargo, deberá solicitarse expresamente por los medios puestos al efecto y se les vinculará a la realización de un perfil con las características de la persona a atender (art. 90.a);

- desarrollar medidas de apoyo o programas, con especial incidencia en las siguientes líneas: Línea 1. Intermediación mediante acciones de orientación profesional, información laboral y el acompañamiento en la búsqueda de empleo del joven. También se acomete la modernización de los Servicios Públicos de Empleo, la creación de un portal único de empleo y autoempleo, actuaciones conjuntas con las agencias de colocación y la creación de programas de movilidad y de intermediación educación-empleo; Línea 2. Empleabilidad basada en el desarrollo de programas de segunda oportunidad para jóvenes que abandonaron prematuramente los estudios, la implantación de la formación con compromiso de contratación, el desarrollo de periodos de prácticas de calidad y un claro empuje por la formación en idiomas, tecnologías de la información y las comunicaciones. Por otra parte, también se incentivan las prácticas no laborales en empresas, la formación dual o en alternancia mediante el contrato de formación y aprendizaje y en el ámbito educativo. Por último, se abordan aspectos como la formación para la obtención de certificados de profesionalidad, la evaluación y acreditación de competencias profesionales, las escuelas taller y las casas de oficios; Línea 3. Contratación a través de cotizaciones sociales con reducciones y bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social de hasta el 100%, ayudas en la contratación de jóvenes durante un periodo superior a seis meses y la formación y el fomento del empleo para jóvenes investigadores. Línea 4. Emprendimiento: mediante la implantación de la tarifa plana para autónomos, la posibilidad de compatibilizar la prestación por desempleo y el inicio de una actividad emprendedora, la capitalización de la prestación por desempleo y el fomento de la cultura emprendedora. Igualmente, se plantean programas de segunda oportunidad para emprendedores, el asesoramiento y la orientación a través de oficinas de referencia y ayudas al autoempleo. La norma garantiza la realización de un seguimiento y evaluación constante de todas las acciones y programas de Garantía Juvenil, de modo que se adapte y actualice su puesta en marcha, garantizando así el uso eficaz y eficiente de los recursos y unos rendimientos positivos de la inversión.

En todo caso, para participar en las acciones mencionadas se deberá respetar la edad mínima legalmente exigida para llevar a cabo la actividad en cuestión, y para ser beneficiario de la atención del Sistema de Garantía Juvenil será indispensable estar inscrito en el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil creado al efecto. Este fichero tiene por objeto constituir el sistema oficial de información y seguimiento sobre la implementación de la

Garantía Juvenil en España; y, como tal, ser la lista única de demanda y el soporte para la inscripción de las personas interesadas en las acciones ejecutadas en el contexto de la Garantía Juvenil (art. 92.1). El fichero tendrá naturaleza administrativa y estará integrado en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Igualmente, se crea como una herramienta de seguimiento de las acciones y programas del Sistema, y como instrumento de evaluación de los resultados alcanzados. La organización y gestión relativas al fichero, y el responsable de adoptar las medidas que garanticen la confidencialidad, seguridad e integridad de los datos contenidos en el mismo, recae sobre la Dirección General del Ministerio de Empleo y Seguridad Social que tenga atribuidas las competencias para la administración del Fondo Social Europeo. Corresponden a ese Órgano Directivo las decisiones, resoluciones o acuerdos relativos a las materias competencia del fichero indicado. Contra las resoluciones del órgano responsable del fichero podrá interponerse recurso de alzada ante la Secretaría de Estado de Empleo, en la forma y los plazos previstos en el artículo 107 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Adicionalmente, las comunidades autónomas podrán crear, en el ámbito de sus competencias, ficheros específicos para facilitar la inscripción y el tratamiento de la información, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el RDL 8/2014. Con independencia del fichero empleado, los datos registrados serán custodiados en un único sistema informático, en el que se depositará la información generada y que posibilitará la integración con otros sistemas.

El fichero se implementará en soporte electrónico y su diseño y estructura permitirán a las entidades a las que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 88 disponer de la información necesaria para llevar a cabo y justificar las actuaciones que realicen en el ámbito del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Asimismo, permitirá su consulta por medios electrónicos. (art. 94) y se establece, según lo dispuesto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que las comunicaciones de las entidades descritas en los apartados a), b) y c) del artículo 88 con el fichero se realizarán obligatoriamente por medios electrónicos. El soporte electrónico pretende favorecer el cumplimiento de las funciones para las que se crea el fichero del Sistema Nacional de Garantía Juvenil y que quedan especificadas en el artículo 93 del RDL 8/2014: a) Servir de soporte, en su ámbito de aplicación, para la conservación y acceso, por parte de las entidades a las que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 88, a los datos de las personas usuarias inscritas voluntariamente; b) Proporcionar a los órganos competentes la información necesaria para la planificación y gestión del Sistema; c) Garantizar que las acciones y medidas desarrolladas al amparo de la Iniciativa de Empleo Juvenil, así como de los Programas Operativos del

Fondo Social Europeo que puedan desarrollarse para la instrumentación de la Garantía Juvenil, sean aplicadas de forma exclusiva a los sujetos inscritos en el fichero; d) Favorecer el desarrollo de acciones y medidas mediante la disponibilidad de información que permita el análisis de la situación y la evolución de los recursos ejecutados; e) Contar con un perfil básico de cada joven registrado, que podrá ser complementado por la comunidad autónoma correspondiente, conforme a la evaluación de los atributos definidos a nivel de cada acción o medida del Catálogo único de actuaciones desarrollado en el Plan Nacional de Implantación de la Garantía Juvenil; f) Facilitar a los sujetos contemplados en los apartados a), b) y c) del artículo 88 como entes que desarrollarán la atención a los usuarios beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, la información necesaria para la elaboración de los itinerarios y la comprobación del cumplimiento de los requisitos exigibles de conformidad al contenido de las convocatorias y de las acciones que puedan desarrollar; y g) Permitir el seguimiento y la evaluación de las actuaciones efectuadas en el marco de la Garantía Juvenil.

Las personas interesadas en la atención del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, inscritas en el fichero creado al efecto, pasarán a constituir una lista única de demanda a disposición de los sujetos incluidos en los apartados a), b) y c) del artículo 88 que deberán identificarse por los mecanismos oportunos, garantizándose que sus actuaciones se realizan en el marco de Garantía Juvenil y de conformidad a lo contemplado en esta norma. La lista única será tratada y ordenada por parte de los sujetos incluidos en los apartados a), b) y c) del artículo 88 quienes emplearán esos datos de acuerdo a sus criterios de selección y/o a las normas que regulen sus propias convocatorias, o acciones en el desarrollo de los objetivos contemplados en el artículo 90. El tratamiento y ordenación de la lista única de demanda del Sistema Nacional de Garantía Juvenil tiene por objeto la identificación de las personas inscritas en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que cumplen con los requisitos establecidos para los sujetos incluidos en los apartados a), b) y c) del artículo 88, siendo responsabilidad de ellos la selección de beneficiarios y la integración de la información generada, para la actualización del sistema.

Para respaldar las medidas y reformas que se acometan en los países miembros afectados por altas tasas de desempleo juvenil, la Comisión Europea ofrece una serie de ayudas económicas asociadas a diversos planes de cooperación europea puestos en marcha contra el desempleo juvenil, tales como: a) el Marco de cooperación europea en el ámbito de la juventud 2010-2018. Esta iniciativa parte de la Resolución del Consejo, de 27 de noviembre de 2009, relativa a un marco renovado para la cooperación europea en el ámbito de la juventud (2010-2018) y se centra en los ámbitos de educación y prácticas, empleo, creatividad y emprendedores e inclusión social. Así mismo, apoya

acciones dirigidas a alcanzar la igualdad de género, la no discriminación y la consideración de las diferencias entre los jóvenes, especialmente en términos de desventaja. También dentro del marco para la cooperación europea dirigida a los jóvenes, el Pacto Europeo para la Juventud persigue alcanzar los objetivos de crecimiento y empleo marcados en la Estrategia de Lisboa y la Agenda Social Renovada donde se identifican la infancia y la juventud como áreas de acción prioritarias; b) la Estrategia Europea 2020. Se orienta hacia políticas de crecimiento sostenible, inteligente e integrador, especialmente en lo relativo a los cinco objetivos marcados para 2020 en materia de empleo: I+D, cambio climático y energía, educación y lucha contra la pobreza, y exclusión social; c) la Iniciativa Emblemática Juventud en Acción e Iniciativa de Oportunidades para la Juventud. Nacen para alcanzar los objetivos propuestos por la Estrategia 2020 y a propuesta de la Comisión Europea que identifica siete iniciativas emblemáticas. La que más atención ha acaparado a la hora de diseñar las medidas que contiene la estrategia española son las medidas educativas y laborales dirigidas a la juventud europea, denominada Juventud en Movimiento. Dentro de este proyecto emblemático, en diciembre de 2011, la Comisión Europea lanzó la Iniciativa denominada Oportunidades para la Juventud con el objetivo básico de reducir el desempleo juvenil en Europa. Con ella se persigue aprovechar al máximo las herramientas con las que cuentan los distintos Estados miembros y la propia Unión Europea para movilizar la totalidad de los recursos disponibles y facilitar la entrada de las personas jóvenes en el mercado laboral. Un año más tarde, en enero de 2012, el Consejo Europeo acordó establecer medidas urgentes para reducir el desempleo juvenil agravado por la crisis y decidió que cada Estado miembro debería orientar los recursos no comprometidos de los Fondos Estructurales del actual periodo de programación para desarrollar una estrategia de empleo joven; d) Garantía Juvenil. En el mes de febrero del año 2013 el Consejo Europeo determinó la creación de una Iniciativa para Garantía de Empleo de jóvenes por un total de 6.000 millones de euros, para el periodo 2014-2020, con la finalidad de apoyar las medidas establecidas en el Paquete de Empleo Juvenil de diciembre del 2012, y en particular para apoyar la Garantía Juvenil. Dicho fondo se constituirá con una dotación adicional de 3.000 millones de euros, de los cuales se calcula que, aproximadamente, 918 millones de euros podrían corresponderle a España.

Hasta aquí lo que identificamos como “luces” del Sistema de Garantía Juvenil, sus objetivos, funciones y apoyo económico; sin embargo, también existen aspectos que ensombrecen y cuestionan las posibilidades de éxito del mismo. Por una parte, nos encontramos con el debate abierto en torno a la proliferación de los “contratos de prácticas” y “para la formación y el aprendizaje”, su gestión y desarrollo. El Consejo de la Unión Europea considera necesario advertir de los riesgos que conlleva carecer de un marco regulatorio

que ofrezca transparencia a la implantación de estas modalidades de contrato, cuyo objetivo consiste en servir como vías de transición hacia el mundo del trabajo mediante el fomento de la empleabilidad y productividad de los jóvenes, evitando así situaciones de abuso que afecten a las condiciones de trabajo de los aprendices. A este respecto, la recomendaciones presentadas en marzo de 2014 por la Comisión de la Unión Europea, a fin de establecer un marco de calidad para las prácticas³⁴ - “Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs”-, indican que el valor formativo de éstos periodos depende, por una parte, de la calidad de los contenidos de aprendizaje; y, por otra, de las condiciones de trabajo en los que se desarrollen los periodos de prácticas, entendidos como un periodo de práctica laboral limitado en el tiempo, remunerado o no, que incluye necesariamente un componente de aprendizaje y formación emprendido con la finalidad de obtener experiencia práctica y profesional, mejorando la empleabilidad de los jóvenes y agilizando sus transiciones hacia un empleo regular y satisfactorio. La calidad los periodos de prácticas está ligada, de este modo, a la existencia de un programa formativo que indique las habilidades específicas que se pretenden adquirir, los procesos de supervisión y asesoramiento que se desplegarán con el aprendiz, y las fórmulas establecidas para realizar el seguimiento de su progreso. Asimismo, el informe europeo señala que los índices de calidad aumentan cuando dichos programas son diseñados por una institución educativa o de formación, bajo cuya responsabilidad recaen tanto los contenidos como las condiciones de trabajo. Entendidos como un periodo puntual y asociado a la adquisición de habilidades concretas, los periodos de prácticas se consideran así parte de la trayectoria vital de las personas. Sin embargo, cuando se hace un uso inapropiado de los mismos, ofreciéndose a trabajadores sin atender a su formación previa, con diseños carentes de contenidos, tareas poco significativas y en cuestionables condiciones de trabajo, se envilece su sentido y valor real.

Por otra parte, nos hacemos eco de las críticas realizadas desde el Gobierno de Andalucía al Sistema de Garantía Juvenil que se centran en dos aspectos básicos. De un lado, se cuestiona el modelo de reparto de los fondos destinados a financiar la implantación del Sistema español adoptado por el Gobierno de España, que concede solo el 50% de las ayudas a las comunidades autónomas, a pesar de que son éstas las que tienen concedidas las competencias en políticas activas de empleo. Por otro lado, desde que se dio a conocer el Plan Nacional de Implementación de la Garantía Juvenil, la Junta de Andalucía ha reclamado al Gobierno central que extienda la edad máxima de los beneficiarios hasta los 29 años para evitar, así, que se excluya del sistema de ayudas

³⁴ Council of European Union. Council Recommendation on a Quality Framework for Traineeships. Employment, Social policy, Health and Consumer Affairs. Bruselas, 10 marzo 2014. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lsa/141424.pdf

alrededor de 200.000 jóvenes andaluces mayores de 25 años³⁵. Precisamente para hacer frente a la situación de desamparo en la que se encuentran los jóvenes entre los 25 y los 30 años el Gobierno andaluz promulga en el mes de abril de 2014, tres meses antes de la publicación del RDL 8/2014, la implantación de la primera fase del Sistema de Garantía Juvenil Andaluz compuesto por el programa Emple@Joven y el plan @mprende+, desarrollado en el siguiente apartado, que representa la adopción de medidas que sí incluyen a las personas mayores de 25 años en su diseño y objetivos.

1.2.1. Implantación de la Garantía Juvenil en Andalucía: el Programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+

Mediante el Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, la Junta de Andalucía acomete una serie de medidas para favorecer, y potenciar, la mejora de la empleabilidad de los jóvenes facilitando las transiciones de la educación al trabajo de los mismos, asumiendo tres pilares básicos sobre los que se deposita el éxito de las propuestas presentadas: en primer lugar, la garantía de ofrecer un tratamiento integral y personalizado a cada solicitante de las ayudas que garantiza una atención individualizada a esta población tan heterogénea; en segundo lugar, el compromiso de facilitar la adquisición de experiencia laboral con la realización de prácticas profesionales, incluidas las realizadas en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la contratación, bien para el desarrollo de proyectos específicos de interés social, bien a través de su incentivación por medio del Bono de Empleo Joven; y, en tercer lugar, la intención de acometer la reducción de las barreras temporales y económicas que existen para la creación de nuevas empresas. El Decreto-ley 6/2014 recoge la aprobación de varias iniciativas que se inscriben dentro del Programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+³⁶.

En el primer caso, el Programa Emple@Joven comprende un total de cinco iniciativas que recogen medidas de diversa índole diseñadas para ofrecer itinerarios coherentes de empleabilidad e inserción, en el que el papel protagonista recae sobre la persona joven que demanda empleo. Una de las notas definitorias de este programa, como ya se ha mencionado, es que todas las iniciativas que lo componen extienden la edad de los beneficiarios de los 18 hasta los 29 años, dando respuesta a los jóvenes mayores de 25 años que quedan al margen del Sistema de Garantía Juvenil propuesto por el Gobierno español. El Programa Emple@Joven pretende reducir el tiempo de inactividad de existente entre la finalización del periodo formativo de los jóvenes o el inicio de la situación de desempleo y el desempeño efectivo de un puesto de trabajo, garantizando

³⁵ <http://www.diariosur.es/v/20131229/andalucia/plan-garantia-juvenil-deja-20131229.html>

³⁶ Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, por el que aprueba el programa Emple@Joven y la Iniciativa @mprende+. (BOJA, 7 de mayo de 2014).

que el Servicio Andaluz de Empleo, en un periodo máximo de seis meses desde su inscripción en el programa, ofrezca a la persona joven la participación en alguna de las iniciativas que lo integran o en cuantas otras se implementen en materia de empleo por el Gobierno de Andalucía. El Decreto-ley 6/2014 en el artículo 4 establece como beneficiarias de las ayudas a las personas jóvenes, a las universidades, a los ayuntamientos y las personas y entidades empleadoras. Dentro de esta clasificación se considerará persona joven aquélla que, a la fecha de entrada en vigor de la norma indicada, reúna los siguientes requisitos: a) tener una edad comprendida entre 18 y 29 años, ambas inclusive, y b) estar empadronada en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Las cinco propuestas que componen el Programa Emple@Joven se resumen a continuación:

1. La *Iniciativa Activa Empleo Joven* se define como el conjunto de acciones individualizadas para la activación de las personas jóvenes, su tutorización y seguimiento personalizado a través de recursos humanos, materiales y metodológicos especializados en la atención a la juventud (art. 10). Las personas beneficiarias de las acciones desarrolladas con la Iniciativa Activa Empleo Joven serán las que reúnan los requisitos solicitados y hayan realizado su inscripción, a partir del día siguiente a la entrada en vigor del Decreto-ley 6/2014, en el Programa Emple@Joven. Esta inscripción conllevará autorización expresa para la consulta de su vida laboral; así como, cualquier otra información o documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de participación en el Programa Emple@Joven. El procedimiento de participación en esta iniciativa se desarrollará en dos fases: la primera de ellas consistirá en la elaboración de un plan de acción individualizado y la suscripción de un compromiso personal de actividad, para lo que se señala el plazo máximo de un mes a contar desde su inscripción en la iniciativa. El plan de acción individualizado incluirá, en función del perfil de la persona joven, la propuesta para su participación en alguna otra de las iniciativas recogidas en el Programa Emple@Joven, o en cuantas otras se implementen en materia de empleo por el Gobierno de Andalucía. El compromiso personal de actividad es un acuerdo mutuo y de responsabilidad compartida, entre la persona joven y el Servicio Andaluz de Empleo. La segunda fase del procedimiento de participación en la Iniciativa Activa Joven implica que, en el plazo máximo de seis meses desde la inscripción en el programa, la persona joven recibirá el ofrecimiento de participación en alguna otra de las iniciativas incluidas en el programa Emple@Joven. Dado que las ofertas partirán de un proceso previo de tutorización y seguimiento personalizado de las personas participantes en la iniciativa, la medida deposita la garantía de éxito en los procesos de orientación profesional, delegando la responsabilidad de su gestión y desarrollo en el Servicio Andaluz de Empleo.

2. La *Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el Impulso del Empleo Joven* tiene por objeto promover la creación de empleo en el territorio

de la Comunidad Autónoma Andaluza, fomentando por parte de los ayuntamientos andaluces la contratación de las personas propuestas desde el ámbito de la Iniciativa Activa Empleo Joven, para la realización de iniciativas de cooperación social y comunitaria que les permitan mejorar su empleabilidad mediante la adquisición de competencias profesionales. La norma establece que podrán obtener la condición de entidades beneficiarias los ayuntamientos andaluces que contraten a las personas, a las que se refieren los artículos 4.2 y 11 del Decreto-ley 6/2014, para la ejecución de obras o prestación de servicios de cooperación social y comunitaria. Serán consideradas candidatas las personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo a 31 de marzo de 2014 y que reúnan los requisitos establecidos en los artículos 4.2 y 11.2 del Decreto-ley 6/2014. Para el proceso de selección se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) tendrán preferencia las personas desempleadas de larga duración³⁷ empadronadas en el municipio en el que se va a llevar a cabo la contratación; b) en su defecto, las personas desempleadas empadronadas en el municipio en el que se va a llevar a cabo la contratación; c) subsidiariamente, las personas desempleadas residentes en municipios de la provincia respectiva, priorizándose las personas desempleadas de larga duración; d) por último, las personas desempleadas de larga duración. En la selección de las obras y servicios, y la correspondiente contratación de personal, se tendrán en cuenta por los ayuntamientos a las entidades locales autónomas existentes en su término municipal. En concreto, las obras y servicios podrán consistir en la ejecución o prestación de alguna de las que se enumeran a continuación: a) Cuidados asistenciales y prestación del servicio de ayuda a domicilio. b) Servicios de proximidad, limpieza, vigilancia y seguridad. c) Protección del medio ambiente, d) Revalorización de espacios públicos urbanos. e) Gestión de residuos y de aguas. f) Desarrollo, protección y mantenimiento de zonas rurales o naturales. g) Ahorro y control de la energía. h) Promoción del turismo y del deporte. i) Promoción y desarrollo del comercio y productos locales. j) Promoción y desarrollo cultural. Para su aprobación las iniciativas propuestas deberán reunir los siguientes requisitos: comprender una duración de seis meses; realizar la ejecución de la obra o prestación del servicio por parte de los ayuntamientos en régimen de administración directa; y consistir en actuaciones distintas de las realizadas regularmente por el personal de estructura de la entidad solicitante, incluidos los supuestos en que la relación de dicho personal estuviera sujeta al derecho laboral.

³⁷ El Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, considera “personas desempleadas de larga duración” aquellas que lleven inscritas, al menos, doce meses ininterrumpidamente como demandantes de empleo no ocupadas; o, al menos, seis meses ininterrumpidamente si están inscritas como trabajadores agrarios en el Servicio Andaluz de Empleo, a la fecha de realización de la búsqueda de candidaturas.

La dotación económica para el desarrollo de la Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el Impulso del Empleo Joven se cifra en 173.947.500,00 euros. Al objeto de determinar la cuantía máxima de la ayuda a percibir por los municipios, la asignación se efectuará en función del nivel de desempleo juvenil y la población de cada municipio, estableciendo una diferenciación según el tamaño del mismo. A estos efectos, la población de referencia será la del Padrón Municipal de habitantes a 1 de enero de 2013, recogida en el Real Decreto 1016/2013, de 20 de diciembre. El desempleo juvenil se medirá como el paro registrado entre 18 y 29 años en las Oficinas del Servicio Andaluz de Empleo a 31 de marzo de 2014, indicándose los criterios mediante los que se determinará la cuantía máxima de la ayuda a recibir por cada municipio. Las ayudas se otorgarán, como máximo, por un periodo de duración de seis meses, por cada contrato efectuado con independencia de la jornada pactada en los mismos, y sin que en ningún caso pueda superar la fecha de finalización de la iniciativa. El Servicio Andaluz de Empleo estará obligado a remitir cada tres meses a la Comisión de Política Económica un informe sobre el empleo generado en cada una de las categorías de obras o prestación indicadas anteriormente.

3. *La Iniciativa Prácticas profesionales en empresas* tiene por objeto promover la inserción laboral de las personas jóvenes mediante el desarrollo de experiencias profesionales no laborales. El número de prácticas profesionales convocadas asciende a 1.000 y estarán dotadas de becas destinadas a las personas jóvenes. Esta cantidad podrá incrementarse en el supuesto de cofinanciación por parte de entidades privadas. Podrán ser beneficiarias de prácticas profesionales las personas que reúnan los requisitos establecidos en artículo 4.2 del Decreto-ley 6/2014, que sean propuestas desde el ámbito de la Iniciativa Activa Empleo Joven, en las que concurran las siguientes circunstancias: a) no haber sido contratada a través del Programa Bono de Empleo Joven en la convocatoria 2013³⁸; y b) poseer una titulación universitaria oficial, titulación en enseñanzas artísticas superiores, formación profesional inicial, enseñanzas artísticas, profesionales y enseñanzas deportivas.

La Universidad Internacional de Andalucía (UNIA) participa como entidad colaboradora con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, responsabilizándose de la gestión y tramitación de las prácticas profesionales, y el abono de las becas y

³⁸ El Programa Bono de Empleo Joven regulado por el Decreto-ley 6/2014, ya fue convocado en el año 2013 por el Gobierno andaluz con fondos aportados por la UE tras los acuerdos adoptados por el anterior Gobierno de la nación presidido por J.L. Rodríguez Zapatero. Un aspecto que los dirigentes andaluces se esfuerzan por aclarar ante las interpellaciones realizadas por la oposición, como se recoge en el Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía (DSPA, nº 72, de 13 de marzo de 2014. Pp:59-61) <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-webparlamento/pdf.do?tipodoc=diario&id=90373>

del importe del seguro de enfermedad, accidente y responsabilidad civil a las personas beneficiarias. A tal efecto, se formalizará el correspondiente convenio según lo establecido en el artículo 16 de la citada Ley. Igualmente podrán ser entidades asociadas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, las personas trabajadoras autónomas y las entidades privadas sin ánimo de lucro. Para la gestión y el desarrollo de las prácticas profesionales la norma establece que la UNIA pondrá en contacto a la persona solicitante, que reúna los requisitos de participación, con la entidad asociada que haya presentado una oferta de prácticas ajustada a su perfil profesional. A estos efectos, finalizado el plazo de inscripción, la UNIA realizará una preselección de personas candidatas y enviará los currículos a las entidades asociadas inscritas que realizarán la selección definitiva, pudiendo la mencionada institución universitaria realizar la selección definitiva de las personas candidatas si la entidad asociada así lo requiere. Dicha entidad asociada deberá suscribir, por duplicado, un acuerdo de prácticas con la persona seleccionada donde se especificará, al menos, el objeto y actividades a desarrollar, duración, centro de trabajo y obligaciones asumidas. La formalización del acuerdo de prácticas conllevará la autorización a la UNIA para presentar la solicitud de ayuda en representación del joven solicitante. Las entidades asociadas deberán asignar una persona tutora a la persona beneficiaria que se encargará de supervisar en todo momento el desarrollo de la práctica profesional, por lo que deberá contar con la experiencia profesional y los conocimientos necesarios para realizar una tutela efectiva. Al finalizar el periodo de prácticas, la persona tutora emitirá un informe por cada persona beneficiaria que recogerá el número de horas de prácticas realizadas, y sobre el se basará la UNIA para expedir su correspondiente certificado de prácticas a cada persona beneficiaria.

Respecto a la configuración de las prácticas profesionales, el artículo 20 del Decreto-ley 6/2014 establece el diseño de cursos prácticos personalizados, con una duración de seis meses en jornadas de cinco horas diarias, que incluirán un seguro de enfermedad, accidente y responsabilidad civil. Su contenido se adaptará al perfil de cada persona beneficiaria, realizándose en centros de trabajo de las entidades asociadas; aunque la realización de las prácticas profesionales no implicará la existencia de relación laboral o estatutaria de la persona beneficiaria con la UNIA, con la entidad asociada, ni con cualquier otra entidad relacionada con su ejecución; y, en ningún caso, las personas beneficiarias ocuparán puestos de trabajo de estructura de la entidad donde realicen las prácticas.

Con la participación de la UNIA como entidad colaboradora responsable de la gestión y organización de los procesos de prácticas formativas, el Gobierno andaluz asume las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea, de marzo de 2014, sobre el establecimiento de un marco de calidad para las

prácticas, poniendo al frente de los procesos de formación a una institución de carácter formativo que supervise y controle las prácticas formativas, para garantizar que alcancen su verdadero sentido y valor como herramientas para la cualificación profesional de los aprendices, favoreciendo su empleabilidad y ocupabilidad dentro del mercado de trabajo.

4. La *Iniciativa Bono de Empleo Joven* persigue facilitar la incorporación al mercado laboral de las personas jóvenes andaluzas mediante la concesión de una ayuda económica a las personas, o entidades, que cumplan los requisitos establecidos y formalicen un contrato laboral con una persona titular de un Bono de Empleo Joven. Podrán solicitar las ayudas previstas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica, las personas trabajadoras autónomas y las entidades privadas sin ánimo de lucro, que contraten a las personas titulares de un Bono de Empleo Joven, en los términos establecidos para ello. Se consideran participantes de la *Iniciativa Bono de Empleo Joven* las personas jóvenes que, reuniendo los requisitos del artículo 4.2, sean propuestas desde el ámbito de la *Iniciativa Activa Empleo Joven* estén en posesión de alguna de las siguientes titulaciones: a) Titulación universitaria oficial o titulación en enseñanzas artísticas superiores; b) Titulación de formación profesional inicial, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas; y c) Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. En cualquiera de estos casos la finalización de los estudios correspondientes deberá haberse producido dentro de los cinco años anteriores al último día del plazo de presentación de la solicitud. Se contempla dentro de la norma que aquellas personas jóvenes que a la entrada en vigor del Decreto-Ley 6/2014 posean la titularidad de un Bono de Empleo Joven – convocatoria 2013- y no hayan formalizado un contrato de trabajo, mantendrán los derechos inherentes al mismo, siempre que estén inscritas en la *Iniciativa Activa Empleo Joven*. La condición de titulares de un Bono de Empleo Joven se hará efectiva desde el 1 de agosto de 2014 para aquellas personas jóvenes que reúnan los requisitos señalados para ello. Después de transcurrido un año de la primera convocatoria ofertada en el año 2013 el balance de esta iniciativa no parece satisfactorio, ya que de los 3.700 contratos previstos, solo se han contabilizado un total de 200 en toda la comunidad; a pesar de ello, el Gobierno andaluz confía en lograr los objetivos previstos en futuras citas.

5. Las *Becas para el desarrollo de proyectos I+D+i* cierran el cupo de iniciativas incluidas dentro del Programa *Empl@Joven*, centrándose la medida en el aprovechamiento de la formación universitaria por parte del tejido social y productivo andaluz. Con esta finalidad, el Servicio Andaluz de Empleo facilitará la colaboración entre las universidades y las personas o entidades empleadoras, mediante la concesión de becas a personas jóvenes con título universitario o de postgrado, para la realización de prácticas profesionales destinadas a

desarrollar proyectos I+D+i. A efectos de la norma que lo regula, se considera como proyecto I+D+i la realización de las actividades de Investigación, Desarrollo e Innovación descritas en el artículo 2 del Decreto 400/2008, de 8 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de Investigación y Desarrollo Tecnológico e Innovación que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía. La participación en proyectos I+D+i tendrá una duración máxima de nueve meses, siendo el número total de becas ofertadas de 500, de las que cada universidad podrá solicitar un número mínimo de veinte becas y un número máximo de sesenta. El importe económico estimado para cada práctica profesional será de 8.200 euros, de los cuales 7.200 euros, se abonarán en concepto de beca a la persona destinataria, que se distribuirá mensualmente, y 1.000 euros destinados a sufragar los gastos de implementación del programa por parte de la entidad beneficiaria. Podrán solicitar estas ayudas las universidades andaluzas de titularidad pública debiendo confeccionar, con carácter previo a la presentación de la solicitud, dos catálogos diferentes. El primero de ellos consiste en un registro de personas o entidades de acogida para la realización de las prácticas no profesionales en proyectos I+D+i, sin que sea necesario que dispongan de un centro de trabajo en la misma provincia donde radique la universidad, y estableciéndose como número mínimo de personas o entidades de acogida relacionadas en cada catálogo de tres; el segundo catálogo representa un inventario de proyectos I+D+i vinculados a personas o entidades que tengan relación con el desarrollo económico de las provincias andaluzas en que se implementa el proyecto.

Por otra parte, el Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, también desarrolla, en el título segundo, la Iniciativa @mprende+, que tiene por finalidad la financiación de los gastos notariales y de registro mercantil derivados de la constitución en Andalucía de una empresa bajo la forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada, o sociedad limitada nueva empresa, facilitando así la creación de empresas de manera gratuita. La Administración de la Junta de Andalucía impulsará la reducción de plazos para la creación de empresas mediante la forma jurídica de empresario individual, sociedad de responsabilidad limitada y sociedad limitada nueva empresa, con el fin de lograr su constitución en un plazo máximo de dos días hábiles. Igualmente, para el caso de sociedades laborales con domicilio social en Andalucía se impulsará, por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, que la calificación requerida para adquirir el carácter de laboral tenga lugar en un plazo de tres días hábiles. De forma adicional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 119.2 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, la Administración de la Junta de Andalucía pretende acortar los plazos para la constitución de aquellas cooperativas que se ajusten a los modelos oficiales que reglamentariamente se determinen. En este supuesto, el plazo de inscrip-

ción registral requerido para el inicio de su actividad no podrá ser superior a cinco días hábiles, pudiendo solicitar las ayudas contempladas en la Iniciativa @mprende+ las personas físicas o la agrupación de personas sin personalidad jurídica que: a) quieran constituir una sociedad con domicilio social en Andalucía; b) se comprometan a iniciar una actividad empresarial; y c) se constituyan en el plazo de tres meses, desde la fecha de la resolución de concesión, a través de los medios electrónicos de los Puntos de Apoyo al Emprendedor de la entidad colaboradora que estén reconocidos en los términos previstos en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Sin embargo, no podrán obtener la condición de beneficiarias o de entidad colaboradora las personas en las que concurren alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 13.2 y 3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre. Conforme a lo dispuesto en el artículo 116.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, con el fin de evitar que la persona jurídica que se pretende constituir pueda verse afectada por las cargas de la persona física o jurídica solicitante, y al objeto de eliminar cargas administrativas, se exceptúa a las personas solicitantes de las ayudas de tener que acreditar que se encuentran al corriente de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social establecidas en el artículo 13.2.e) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones; y de acreditar que no tienen deudas en periodo ejecutivo de cualquier ingreso de Derecho Público de la Junta de Andalucía. En concreto, el artículo 74 sobre la cuantía de las ayudas y gastos incentivables³⁹ establece que se incentivará el 100% del coste total de los gastos notariales y de registro mercantil en la cuantía máxima fijada en los aranceles notariales vigentes que sean aplicables. El importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aislada o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos supere el coste de la actividad incentivada. La concesión de las ayudas estará limitada por las disponibilidades presupuestarias existentes, de acuerdo con el artículo 119.2.j) del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, estableciéndose con cargo a los créditos presupuestarios de la aplicación 2.1.11.00.17.00.8070.740.17.72C.5.2010, cuya cuantía asciende a 795.000,00 euros. También se establece que las ayudas que se otorguen al amparo de esta iniciativa no serán compatibles con la percepción de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Eu-

³⁹ Se consideran gastos incentivables los costes notariales y de registro mercantil que conlleven la constitución de las empresas y se ejecuten en el plazo de tres meses desde la fecha de la resolución de concesión; sin embargo, no tendrán tal consideración, en ningún caso, los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación, ni los impuestos personales sobre las rentas.

ropea o de organismos internacionales, de conformidad con el artículo 19.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, y demás normativa de aplicación. El Decreto-ley 6/2014 establece que la «Iniciativa @mprende+» estará cofinanciada por el Programa Operativo FEDER Andalucía 2007-2013, a través de la Subvención Global Innovación Tecnología-Empresa de Andalucía 2007-2013 con un porcentaje de financiación del 80%. La gestión material, la entrega y distribución de los fondos públicos a las personas beneficiarias se realizará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, mediante una entidad colaboradora. A tal efecto, se formalizará el correspondiente convenio de colaboración que tendrá como objeto establecer el cauce de cooperación entre la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y la entidad colaboradora para la gestión y pago de las ayudas. Su duración se circunscribirá exclusivamente al cumplimiento del objeto del convenio y estará vigente desde su firma hasta dicho cumplimiento.

Parece una constante que la normativa dirigida a propiciar el empleo y el espíritu emprendedor entre los jóvenes omita ciertos aspectos importantes, como ponen al descubierto las conclusiones que se extraen del estudio de la normativa previa⁴⁰ sobre el mismo tema. En este sentido el plan @mprende+ obvia, por ejemplo, presentar un sondeo fehaciente de las necesidades futuras del mercado laboral, en este caso andaluz, para evitar desfases formativos y de cualificaciones con respecto a las demandas del mundo laboral y asentar sobre ellas las normas reguladoras; y deja sin reordenar y clarificar “los sistemas de inserción laboral y no laboral, contractual y no contractual de los jóvenes en el sistema productivo”⁴¹ lo que podría evitar los posibles solapamientos y ayudar en el control contra el fraude en el uso de las ayudas. A pesar de esto, la norma sí dota de un mayor protagonismo a los servicios públicos de empleo, apoyando los programas públicos de iniciación laboral, primando las acciones de orientación profesional y reforzando la vigilancia sobre la selección de los colectivos implicados; por último, también aporta soluciones a problemas detectados y desoídos por la Administración central con medidas que palián la desprotección social a la que se veía abocada una parte importante de las personas jóvenes desempleadas de Andalucía.

⁴⁰ Calvo Gallego, F.J y Fernández López, M.F. (2013). A modo de presentación, en M.F. Fernández López y F.J. Calvo Gallego (Dirs). Op.cit. Pp:13-26.

⁴¹ Calvo Gallego, F.J y Fernández López, M.F. (2013). Op.cit, pág. 26.

2. ANÁLISIS DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS EDUCATIVAS INCLUIDAS COMO RESPUESTA AL DESEMPLEO JUVENIL EN LA ESTRATEGIA DE EMPRENDIMIENTO Y EMPLEO JOVEN 2013-16

De las cien medidas que componen la EEEJ13-16 se han identificado un total de treinta de carácter educativo/formativo, considerándose como tal aquellas prescripciones que en su enunciado denotan una relación directa o indirecta con procesos de enseñanza-aprendizaje, tanto teóricos como prácticos, que se producen en cualquier momento de la trayectoria vital de las personas; lo que implica abarcar tanto el ámbito de la enseñanza reglada⁴² como el de la enseñanza no reglada⁴³. Para facilitar el análisis e identificación de las medidas que componen la EEEJ2013-16 se ha utilizado la “M” mayúscula para denominar las medidas a corto plazo y la “m” minúscula para las medidas a medio-largo plazo. En esta ocasión se presenta un breve análisis de las dos medidas educativas que tienen carácter inmediato dentro de las 15 medidas de choque que defiende la estrategia española: la M1, que desarrolla los programas dirigidos a la obtención de los certificados profesionalidad y los programas formativos con compromiso de contratación, y la M2, con la implementación de programas que persiguen conseguir que los desempleados sin formación culminen los estudios necesarios para obtener el título de educación secundaria obligatoria. Las restantes 28 medidas educativas se inscriben entre aquellas cuya implantación está prevista a medio-largo plazo y responden a los objetivos y líneas de actuación marcadas en la EEEJ2013-16 tales como, por ejemplo, para el fomento del emprendimiento (m1 y m10), igualdad de oportunidades (m3 y m83), mejora en el conocimiento de idiomas (m27 y m28), manejo de herramientas tecnológicas (m19, m31 y m36), entre otras.

2.1. Medida M1. Extender los programas dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad y los programas formativos con compromiso de contratación

Esta medida recoge en su enunciado dos aspectos distintos que desarrollaremos a continuación, en apartados diferentes, presentando exclusivamente la regulación de carácter nacional. A este respecto, durante el periodo de acción que comprende de la EEEJ2013-16 los Servicios Públicos de Empleo están

⁴² Enseñanza incluida dentro del Sistema Educativo (Ed. Infantil, Ed. Primaria, ESO, Bachillerato, Formación Profesional y Universidad) que depende del Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte.

⁴³ Ámbito formativo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y enfocado hacia la formación profesional en el contexto empresarial.

obligados a incorporar en su oferta de formación, mediante la correspondiente convocatoria de formación profesional para el empleo, nuevos programas de formación e inserción para jóvenes menores de 30 años que contemple, al menos, alguna de las siguientes actuaciones: programas dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad o programas formativos con compromiso de contratación.

a. Programas dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad.

Los certificados de profesionalidad están regulados por el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, aún vigente, y por las siguientes normas que lo modifican: Real Decreto 1675/2010, de 10 de diciembre; Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre; y Real Decreto 189/2013, de 15 de marzo.

El Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, define los certificados de profesionalidad como el instrumento de acreditación oficial de las cualificaciones profesionales del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales en el ámbito de la administración laboral. La norma prevé que puedan adquirirse mediante tres vías: por la experiencia laboral, mediante vías no formales de formación y a través de acciones de formación profesional para el empleo, estas últimas en los términos previstos en el artículo 7.1 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo⁴⁴. Los certificados de profesionalidad básicamente acreditan el conjunto de competencias profesionales que capacitan para el desarrollo de una actividad laboral identificable en el sistema productivo, sin que ello constituya regulación del ejercicio profesional. Tienen carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, siendo competencia del Servicio Público de Empleo Estatal y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas su expedición. Un certificado de profesionalidad configura un perfil profesional entendido como un conjunto de competencias profesionales identificable en el sistema productivo, y reconocido y valorado en el mercado laboral. Acredita la capacitación para el desarrollo de una actividad laboral con significación para el empleo y asegura la formación necesaria para su adquisición, en el marco del subsistema de formación profesional para el empleo regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo (art.2). Con carácter excepcional, y cuando el perfil profesional así lo requiera, el certificado de profesionalidad podrá recoger menos unidades de las definidas en la cualificación profesional de re-

⁴⁴ Cabe mencionar aquí que la EEEJ2013-16 introduce otra medida relacionada con los procesos de formación certificable, medida a medio-largo plazo m19 (ver anexo) en la que, además de mostrar la intención de aumentar el número de procesos que conduzcan a la obtención de una cualificación acreditada - directamente relacionada con la medida de choque M1- incluye los procesos realizados mediante teleformación y para el reconocimiento de la experiencia laboral. Una medida que parece cumplir una función de “relleno” con la finalidad de obtener una batería de medidas en números redondos, impactante y de fácil evocación.

ferencia del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, aunque para todas las situaciones la unidad de competencia constituye la unidad mínima acreditable para obtener un certificado de profesionalidad.

El R.D. 34/2008, de 18 de enero, identifica diversos métodos destinados a garantizar la calidad, tanto en la configuración de las ofertas formativas vinculadas a cada certificado de profesionalidad, como en el sistema de expedición de los certificados acreditativos de las competencias profesionales adquiridas, previamente dictados en el artículo 36 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. La promoción de la mejora de la calidad de la formación profesional para el empleo, su eficacia y eficiencia, así como, la valoración del impacto que estas enseñanzas en la empleabilidad de los trabajadores y la competitividad de las empresas recae sobre las Administraciones Públicas competentes.

El apartado número 5 del art. 2 queda regulado en el apartado uno del artículo primero del R.D. 189/2013, de 15 de marzo, por el que se modifica el R.D. 34/2008, de 18 de enero, estableciendo que el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad es el conjunto de los certificados de profesionalidad ordenados sectorialmente en 26 familias profesionales y constituido por certificados de profesionalidad de nivel 1, nivel 2 y nivel 3, de acuerdo con lo dictado en los anexos I y II del Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales, modificado por el Real Decreto 1416/2005, de 25 de noviembre. El Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad forma parte del Fichero de especialidades formativas recogido en el artículo 20.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo. La norma dicta que los módulos formativos del certificado de profesionalidad serán los señalados dentro del Catálogo Modular de Formación Profesional y define el módulo formativo del certificado de profesionalidad como “el bloque coherente de formación asociado a cada una de las unidades de competencia que configuran la cualificación acreditada mediante el certificado de profesionalidad” (art. 5). Las capacidades asociadas a cada certificado de profesionalidad deberán adquirirse en un entorno real de trabajo, del conjunto de módulos formativos que configuran el certificado de profesionalidad, y se organizarán en un módulo de formación práctica que se desarrollará, con carácter general, en un centro de trabajo. Dicha formación tendrá carácter de práctica profesional no laboral y se realizará a través de un conjunto de actividades profesionales que permitirán completar las competencias profesionales no adquiridas en el contexto formativo.

El Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, asimismo, regula el módulo de formación práctica en centros de trabajo (art. 5 bis), estableciendo su realización, preferentemente, una vez realizados el resto de los módulos formativos del certificado de profesionalidad, si bien podrá desarrollarse simultáneamente a la realización de aquéllos, previa autorización de los Servicios Públicos

de Empleo. Esta autorización se resolverá por el Servicio Público de Empleo competente en el plazo de un mes desde su solicitud. La no resolución en dicho plazo legitima a los interesados para entender estimada su solicitud por silencio administrativo.

Por el momento, resulta imposible emitir algún tipo de conclusión sobre la posible incidencia que esta medida haya podido tener en la realización de programas dirigidos a la obtención de certificados de profesionalidad en los últimos años, o meses; ya que el SEPE dejó de emitir informes sobre esta modalidad formativa tras la publicación de los datos correspondientes a enero del año 2008⁴⁵, mes en el que se desarrollaron un total de 50 cursos para la obtención de certificados de profesionalidad. La injustificada ausencia de datos a lo largo de los últimos siete años pone de manifiesto la falta de organización por parte de las instituciones y administraciones públicas, que termina derivando en la sensación de opacidad que rodea las acciones y decisiones políticas relacionadas con la realización de estos programas. A pesar de que las convocatorias se han ido produciendo año tras año, no es posible conocer ni el número, ni la tipología o el carácter de los estudiantes, las empresas/organizaciones gestoras o los propios cursos formativos que han sido aprobados e implementados, tanto a nivel nacional como autonómico, ya que la falta de nitidez en los datos parece ser una característica compartida por las distintas instituciones.

b. Programas formativos con compromiso de contratación.

Los programas formativos con compromiso de contratación son una modalidad de acción formativa del Subsistema de Formación que aparece contemplada en los artículos 22.1.d) y 23.2.d) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y son entendidas como acciones formativas subvencionadas en régimen de concesión directa, pudiéndose desarrollar con asociaciones u otras entidades que suscriban el citado compromiso. Estos programas están dirigidos prioritariamente a desempleados y a trabajadores inmigrantes en sus países de origen, según el marco legal vigente, mediante convenios suscritos por el Servicio Público de Empleo Estatal con las empresas, sus asociaciones u otras entidades que adquieran el citado acuerdo de contratación⁴⁶.

La regulación principal de estos programas formativos se encuentra en el art. 21 de la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, titulado “Acciones formativas con compromiso de contratación” que, tras reiterar su concesión directa y su destino prioritariamente a trabajadores desempleados, señala expresamente la obligación de contemplar el ámbito geográfico y las áreas formativas de la

⁴⁵ SEPE. Estadísticas de formación. Consultado el 20-05-2014 en: https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/formacion/index.html

⁴⁶ Véase art. 2.1.k Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones en los ámbitos de empleo y de la formación profesional ocupacional. http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-6248

correspondiente programación; así como, los procedimientos para las propuestas de programación, selección de trabajadores, gestión y seguimiento de las acciones. En todo caso, ha de figurar el compromiso en términos cuantitativos de los trabajadores a formar e incluirá mecanismos objetivos de control de calidad de la formación impartida. La entidad beneficiaria podrá subcontratar parcial o totalmente, por una sola vez y en los términos establecidos en dicha Orden, la realización de la actividad formativa. La contratación de personal docente para la impartición de la formación subvencionada por parte del beneficiario no se considerará subcontratación. La misma norma prevé que este compromiso de contratación se establezca sobre un porcentaje del total de trabajadores formados, en función de las circunstancias de las empresas y del mercado local de empleo, sin que, no obstante, pueda ser inferior al 60 por 100 de trabajadores formados. El 30% de los jóvenes que participen en esta modalidad formativa tienen garantizada su incorporación a una empresa, en un plazo máximo de tres meses desde que finalice dicha formación, mediante un contrato laboral a tiempo parcial o a tiempo completo con una duración de, al menos, seis meses. En el caso de que el joven no haya concluido la acción formativa podrá incorporarse a una empresa mediante una modalidad contractual que incluya la formación. En relación con los contratos de trabajo que se celebren como consecuencia de esta acción formativa, la norma se limita a señalar que serán preferentemente de carácter indefinido o, en otro caso, de una duración no inferior a 6 meses, conformes con la normativa laboral vigente, y con obligación de presentarse ante el órgano concedente de la subvención en el momento de su justificación. Obviamente, el incumplimiento del compromiso de contratación dará lugar a la obligación del reintegro total o parcial de la subvención percibida y del interés de demora correspondiente desde su abono de conformidad, salvo que medien causas o circunstancias que, apreciadas por la Administración pública competente, hayan impedido su cumplimiento TSJ Andalucía Sentencia de 22 mayo 2002 JUR 2003\4594.

En relación con este tipo de medidas y el fomento del empleo y la actividad de las mujeres víctimas de violencia de género véase el art. 7 del Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre de acuerdo con el cual, a efectos de procurar el mayor nivel de inserción socio-laboral, las acciones formativas, en la medida de lo posible, se desarrollarán fundamentalmente a través de acciones formativas que incluyan compromisos de contratación, contempladas en los artículos 22.1.d) y 23.2.d) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en los que al menos el 60% de las participantes formadas sean contratadas a la finalización del curso. Por último, el Plan Anual de Política de Empleo para 2013 presentado mediante Resolución de 28 de agosto de 2013, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de

Ministros de 2 de agosto de 2013, contempla como Medida Común en el eje 2.- Formación la MC006 Acciones formativas que incluyen compromisos de contratación dirigidos prioritariamente a desempleados.

Para conocer el alcance que la introducción de esta medida ha tenido en el desarrollo de los programas formativos con compromiso de contratación, desde su presentación como parte de la EEEJ2013-16 en mayo de 2013, se recurre a los datos aportados por el SEPE⁴⁷ en sus estadísticas sobre contratos adscritos a periodos de formación incluidos en la vía de programación como cursos en empresas con compromiso de contratación, y que engloban aquellos procesos formativos impartidos por las empresas u organizaciones empresariales que subscriben un Convenio de colaboración con la entidad gestora, incorporando un compromiso de contratación por las propias empresas de, al menos, el sesenta por ciento de los alumnos formados. Tomando como referencia los datos pertenecientes al mes de enero de los años comprendidos entre 2006 y 2014 se aprecia un importante repunte en el número de cursos en enero de 2014, tras el impulso gubernamental a este tipo de contratación, con un total de 11.748 contratos derivados de cursos formativos, lo que representa el 0,96% del la totalidad de contratos realizados. Esta cifra supera en 262 contratos la mejor cifra registrada con anterioridad, correspondiente al año 2006 en el que se realizaron 11.586 contratos (un 0,83% de la totalidad de contratos suscritos en esta modalidad), seguida del año 2008 con un total de 10.948 (0,73% de los contratos realizados). El mes de enero con el menor número de contrataciones de este tipo es el correspondiente al año 2012, con 3.470 contratos, mientras que la tendencia desde el año 2010 se sitúa en una media de 6.000 contratos en los meses de enero, hasta el año 2014 en que ésta predisposición se rompe con un incremento del número de contratos de 5.190 con respecto a enero del año 2013, fecha anterior a la presentación de la EEJ2013-16 a la que pertenece esta medida. Desde la perspectiva de las Ciencias de la Educación los datos disponibles no ofrecen información sobre aspectos didácticos y organizativos de los cursos aprobados y desarrollados, impidiendo que se pueda realizar una valoración de los objetivos, de los contenidos formativos, así como de las estrategias metodológicas y de evaluación desplegadas en el diseño de los cursos ofertados en el ámbito empresarial. Por lo tanto, es imposible conocer si el incremento de los contratos asociados a programas formativos obedecen a una estrategia concreta en la que se favorecen aquellos sectores en los que se aprecian más oportunidades de empleo, o si se trata de la respuesta empresarial a una modalidad de contrato con sustanciosas ventajas para los empresarios frente a los trabajadores, sea cual sea su nivel de formación y cualificación.

⁴⁷ SEPE. Estadísticas contratos, consultado el 21 de mayo de 2014 en: https://www.sepe.es/contenido/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/estadisticas_nuevas.html

2.2. Medida M2. Desarrollo de programas para que los desempleados que abandonaron de forma prematura sus estudios puedan obtener el título de educación secundaria obligatoria

La implementación de la medida M2 se aprecia en la LOMCE (2013)⁴⁸ (8/2013, de 9 de diciembre) cuando modifica el artículo 68 de la LOE⁴⁹ (2/2006, de 3 de mayo) referido a las enseñanzas obligatorias, cuando establece que las personas adultas que quieran adquirir las competencias y los conocimientos correspondientes a la educación básica contarán con una oferta adaptada a sus condiciones y necesidades (art 68.1). Es competencia de las Administraciones educativas organizar periódicamente pruebas para que las personas mayores de dieciocho años puedan obtener directamente el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, por cualquiera de las dos opciones a las que se refiere el artículo 25.1 de esta Ley Orgánica, siempre que hayan logrado los objetivos de la etapa y alcanzado el adecuado grado de adquisición de las competencias correspondientes. La calificación final de Educación Secundaria Obligatoria será la nota obtenida en dichas pruebas. Además, las Administraciones educativas velarán por que se adopten las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad que se presenten a dichas pruebas. Para las personas que superen los diecisiete años de edad, las Administraciones educativas podrán establecer programas formativos dirigidos a la obtención del título de Técnico Profesional Básico.

Con respecto a las enseñanzas postobligatorias, la LOMCE (8/2013, de 9 de diciembre) modifica los apartados 4 y 5 del artículo 69, introducido por la LOE (2/2006, de 3 de mayo) estableciendo que las Administraciones educativas deberán promover medidas tendentes a ofrecer, a todas las personas, la oportunidad de acceder a las enseñanzas de bachillerato o formación profesional y, en especial, a las personas adultas una oferta específica de estos estudios organizada de acuerdo con sus características. Igualmente, corresponde a las Administraciones educativas organizar la oferta pública de educación a distancia con el fin de dar una respuesta adecuada a la formación permanente de las personas adultas. Esta oferta incluirá el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y el compromiso de convocar periódicamente pruebas para obtener directamente el título de Bachiller y los títulos de Formación Profesional de acuerdo con los artículos 37 y 43 de esta Ley Orgánica. Las pruebas para la obtención del título de Bachiller requieren que los aspirantes tengan veinte años; dieciocho para el título de Técnico y para el título profesional Bá-

⁴⁸ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE, 2013). <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12886.pdf>

⁴⁹ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de la Educación (LOE, 2006)

sico; y veinte para el de Técnico Superior o, en su caso, diecinueve para aquellos que estén en posesión del título de Técnico. Se eximirá a los aspirantes de la realización de la parte o del total de las pruebas que fijen las Administraciones educativas en función de la formación o experiencia previa acreditada por el alumnado. Además, las Administraciones educativas velarán por que se adopten las medidas necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que se presenten a dichas pruebas. Por último, la norma establece que los mayores de dieciocho años de edad podrán acceder directamente a las enseñanzas artísticas superiores mediante la superación de una prueba específica, regulada y organizada por las Administraciones educativas, que acredite que el aspirante posee los conocimientos, habilidades y aptitudes necesarios para cursar con aprovechamiento las correspondientes enseñanzas. La edad mínima de acceso a los Estudios superiores de música o de danza será de dieciséis años.

Desde la publicación de la EEJ2013-16 en el año 2012 se ha producido un significativo aumento de las matrículas realizadas, en centros públicos de Andalucía, para los cursos de preparación de la prueba para la obtención del título de Educación Secundaria Obligatoria para mayores de 16 años. En la franja de edad que nos ocupa, de los 16 a los 25 años, este incremento se aprecia al comparar los datos de los cursos académicos 2012-2013⁵⁰ y 2013-2014⁵¹. En el primero de ellos se registran un total de 10.432 personas matriculadas, de las que 8.397 son jóvenes menores de 25 años sin trabajo, la situación más numerosa entre las que se indican (activo, labores del hogar, jubilado y/o pensionista, parado y sin especificar). En el curso académico 2013-2014 la cifra provisional asciende a 35.532 personas matriculadas en Andalucía, siendo las provincias de Sevilla, Málaga y Granada las que cuentan, por este orden, con el mayor número de matrículas; mientras que Huelva y Jaén son las provincias con menor número de estudiantes en centros públicos. Por último, más de 32.300 personas se han inscrito en las pruebas convocadas a finales del mes de abril del año 2014, según datos de la Administración andaluza⁵².

⁵⁰ Fuente: <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/ishare-servlet/content/fae613ec-d167-4aec-90e7-c47bba2c8fc8>.

⁵¹ Fuente: <http://www.juntadeandalucia.es/educacion/webportal/ishare-servlet/content/93144451-0897-4c53-8783-8e58a7ec1008>.

⁵² Fuente: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/nav/contenido.jsp?pag=/Contenidos/GabinetePrensa/Notas_de_prensa/2014/04_Abril/nota_prensa_250414_GraduadoESO&visme nu=0,0,1,1,1,1,0,0,0.

3. LA PROGRESIVA ACOMODACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL A LA ESTRUCTURA SOCIOLABORAL DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CASO DE LA “NUEVA” FORMACIÓN PROFESIONAL BÁSICA

El desarrollo de un sistema normalizado de enseñanzas profesionales en España tiene su origen en la promulgación de la Ley de Formación Profesional Industrial, de 20 de julio de 1955 (Pérez Esparrells, 2001)⁵³. Desde entonces hasta hoy la formación profesional ha sido reformulada en numerosas ocasiones mediante diversas leyes orgánicas que emanan de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación (LGE, 1970) que, aprobada durante la época franquista, estableció la enseñanza obligatoria y gratuita hasta los 14 años de edad y estructuró el Sistema Educativo en las siguientes etapas: Educación General Básica (EGB), Bachillerato Unificado Polivalente (BUP), Curso de Orientación Universitaria (COU) y Formación Profesional (FP). Le siguen siete leyes orgánicas de las cuales tres regulaban aspectos organizativos y curriculares sin alterar la estructura del modelo educativo previo a su implantación: LOECE (1980)⁵⁴; LODE (1985)⁵⁵ y LOPEG (1995)⁵⁶; mientras que las cuatro restantes, por el contrario, sí supusieron cambios en el sistema educativo establecido por la LGE (1970) los cuales se inician con la promulgación de la LOGSE (1990)⁵⁷ que amplió la escolarización obligatoria hasta los 16 años; redujo la ratio de 40 a 25 alumnos por clase e introdujo la enseñanza de asignaturas impartidas por profesores especializados (idiomas, música o educación física). También reguló la atención educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales en centros ordinarios, asumiendo las corrientes integradoras implementadas en los países de nuestro entorno desde décadas anteriores, y depositó en los centros un grado mayor de autonomía pedagógica y de gestión. Además, modificó la estructura del sistema educativo estableciendo ciclos académicos obligatorios y no obligatorios, de manera que la enseñanza obligatoria abarcaba los ciclos de Educación Infantil (0 a 6 años), Educación Primaria (6 a 12 años), Educación Secundaria Obligatoria – la denominada

⁵³ Pérez Esparrel, C. (2001). La Formación Profesional y el Sistema Nacional de Cualificaciones: una clave de futuro. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 31, pp: 91-113.

⁵⁴ Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE, 1980)

⁵⁵ Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE, 1985).

⁵⁶ Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG, 1995).

⁵⁷ Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE, 1990).-

ESO- (de 12 a 16 años) y la enseñanza no obligatoria, que introducía dos itinerarios para los estudiantes de 16 a 18 años: el Bachillerato y la Formación Profesional de grado medio. La formación superior estaba compuesta por los estudios universitarios y la Formación Profesional de grado superior.

Doce años más tarde la LOCE (2002)⁵⁸, pese a su corto recorrido, introdujo diferentes itinerarios en la ESO y el Bachillerato, cambios de contenidos en la educación infantil, una evaluación externa (reválida) al final del Bachillerato y el carácter evaluable y computable la asignatura de Religión. Le sigue cronológicamente la LOE (2006)⁵⁹ que derogó la LOGSE, la LOPEG y la LOCE que permanecían vigentes hasta ese momento, pero no así la LODE de 1985 con la que seguirá conviviendo. La norma aprobada durante el gobierno del PSOE (2004-2011) establecía que el Estado debía asumir el mayor porcentaje del gasto educativo, en el que también participaban las comunidades autónomas en menor medida. La Religión pasa a ser una materia optativa para el alumnado, aunque se oferte en todos los centros y se introduce la asignatura de Educación para la Ciudadanía. Por último, la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora y la Calidad de la Educación (LOMCE, 2013)⁶⁰ introduce entre sus principales reformas la nueva Formación Profesional Básica, desarrollada mediante el Real Decreto 127/2014, de 28 de febrero, por la que se regulan aspectos específicos de la Formación Profesional Básica de las enseñanzas de formación profesional del sistema educativo, y en la que se aprueban catorce títulos profesionales básicos junto a sus correspondientes currículos académicos. Igualmente, modifica el Real Decreto 1850/2009, de 4 de diciembre, sobre la expedición de títulos académicos y profesionales correspondientes a las enseñanzas establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁶¹.

⁵⁸ Ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE, 2002). Fue interrumpida en 2004 con el regreso del PSOE al gobierno.

⁵⁹ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de la Educación (LOE, 2006).

⁶⁰ Aprobada con mayoría absoluta obtenida por el Partido Popular en las elecciones del año 2010, introduce importantes reformas que afectan a la estructura y duración de la ESO, la FP y el Bachillerato. Básicamente consiste en diversos grados de modificación de los artículos de la LOE (2006) que oscilan entre modificaciones concretas como ampliaciones y sustituciones parciales, hasta modificaciones íntegras del texto original, aunque no cambian ni la numeración ni la leyenda que identifican cada uno los artículos.

⁶¹ Para una perspectiva más completa véase: Moreno del Toro, M.C. (2014). Formación profesional y medidas de incentivo económico para la inserción laboral de los jóvenes, en J.L. Monereo López (Coord): *Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil. XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*. Sevilla: Monografías de Temas Laborales. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Pp: 41-172.

3.1. La Formación Profesional Básica: ¿solución real o fraude estadístico?

Tomamos prestado de Bolívar (2013)⁶² el término “truco estadístico” cuando alude al sentido de la “nueva” Formación Profesional Básica que establece la LOMCE (2013) cuya implantación está prevista para el curso 2014-15, frente al plazo previsto para el resto de los contenidos regulados por la norma que se sitúa en el curso académico 2015-2016. La puesta en marcha de la Formación Profesional Básica implica la supresión de los módulos obligatorios de los Programas de Cualificación Profesional Inicial (PCPI) sin que desde la Administración se haya producido el necesario proceso de evaluación de su aplicación, ni la consecuente valoración de sus resultados finales. Este nuevo itinerario formativo profesional se diseña como alternativa para los estudiantes que muestren claras dificultades para culminar con éxito la ESO, abriéndoles la posibilidad de acceder de manera directa a los estudios de FP de Grado Medio a aquellos estudiantes que se titulen, sin necesidad de realizar una prueba de acceso a éste; aunque sí tendrán que superar una prueba de fin de etapa para obtener el título de ESO.

La Formación Profesional Básica consta de dos cursos académicos obligatorios al final de la etapa educativa⁶³, requisito esencial para poder situar estas enseñanzas en la misma categoría internacional que los estudios de FP de Grado Medio y el Bachillerato: la categoría CINE3⁶⁴ equivalente al Título de Educación Secundaria Superior. De esta manera la FP Básica permitirá enmascarar la elevada tasa de abandono escolar temprano que ostenta nuestro país, situado en el 24% y posibilitará su descenso en los próximos dos años hasta un 15%, respondiendo así a los requerimientos de la UE. ¿Cómo hacerlo? Mediante lo que Bolívar (2013) llama “juego de ingeniería estadística” que consiste en sacar de la categoría de abandono escolar temprano a los estudiantes

⁶² Bolívar, A. (2013). La nueva FP Básica: ¿“truco estadístico” para rebajar el abandono, vía de salida o verdadera cualificación profesional. *Periódico Ideal en clase*, 30 de noviembre del 2013. En www.en-clase.ideal.es/opinion-200/1718-la-nueva-fp-basica-i-truco-estadistico-para-rebajar-el-abandono-via-de-salida-o-verdadera-cualificacion-profesional.html. (Consulta: 20 enero de 2014).

⁶³ A diferencia de los PCPI – los anteriores Programas de Cualificación Profesional Inicial que se componían de módulos formativos obligatorios y un último curso de carácter voluntario.

⁶⁴ La LOMCE (2013) explicita en su exposición de motivos la intención de lograr que los jóvenes completen sus estudios con éxito, al menos, hasta el nivel CINE 3 de la Clasificación Internacional Normalizada de Educación (CINE) - en inglés International Standard Classification of Education (ISEC)- de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). La CINE nace en los años 70 como una herramienta eficaz para el acopio, compilación y presentación de estadísticas de educación en los distintos países con una educación reglada (Unesco, 1997). La clasificación fue aprobada por la Conferencia Internacional de Educación en su 35ª reunión (Ginebra, 1975) y la Conferencia General de la UNESCO la adoptó tras aprobar la Recomendación Revisada sobre la Normalización Internacional de las Estadísticas relativas a la Educación (París, 1978). (Unesco, 1997).

que cursen la FP Básica, además de a todos aquellos jóvenes que, por el paro estabilizado, optan por seguir o retomar sus estudios. De esta forma, la FP Básica no sólo aparta de la vía académica a los estudiantes que presentan un bajo rendimiento escolar - en función de los estándares marcados por los estudios comparativos internacionales como PISA⁶⁵, por ejemplo-, además, consigue que sean considerados titulados postobligatorios a pesar de que se trata de un título de primer grado de cualificación profesional, el más básico, lo que en realidad no les capacita para encontrar empleo en este contexto socio-laboral tan competitivo y basado en la economía del conocimiento en el que nos encontramos inmersos.

La implantación de la FP Básica representa volver a abrir la brecha instaurada por la LGE (1970) al establecer dos itinerarios paralelos: el académico y el profesional, con la tradicional minusvaloración que conlleva el segundo respecto al primero. Desaparece con la nueva ley la tan costosamente alcanzada dignificación de la Formación Profesional que en su momento propició la LOGSE (1990), pervirtiendo su finalidad al convertirse en un instrumento al servicio de intereses políticos, más preocupados por obtener resultados estadísticos que satisfagan las demandas impuestas por la situación socio-económica y financiera, que por la mejora y la calidad real de la enseñanza. La LOMCE (2013) aleja definitivamente las enseñanzas de formación profesional de su significado formativo y de su compromiso con la sociedad que representan su esencia misma y su razón de ser. Se adivina en la redacción de la nueva norma un trasfondo ideológico en el que el derecho a la educación se adquiere mediante “resultados de aprendizaje” (art.40.1), dependiendo así del estudiante, no del sistema, que pueda o no beneficiarse de las oportunidades de formación disponibles en su comunidad. Son los jóvenes, por tanto, quienes deberán cumplir con los criterios y estándares que se establezcan, y solo así podrán tener acceso a una formación que les enriquezca como personas, profesionales y ciudadanos. Por el contrario, en la LOE (2006) es el propio sistema educativo el que se compromete y responsabiliza de la formación global de las nuevas generaciones, haciéndose cargo de que “adquieran las capacidades” (art. 40) que les permitan hacer frente a los aprendizajes propios de la formación profesional y propicien la construcción de su proyecto vital.

Es una ley que sigue enfrentándose a los argumentos, expresados en su contra por la totalidad de la comunidad educativa, que cuestionan las intenciones y el concepto de calidad y mejora de la educación que propugna. Nace sin respaldo social, sin solvencia financiera y sin los recursos humanos necesarios para acometer los cambios previstos. No debe olvidarse que el número de do-

⁶⁵ PISA: *Program for International Student Assessment*. En español: Informe del Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes de la OCDE.

centes de la enseñanza de régimen general no universitaria desciende curso a curso, mientras asciende el número de alumnos, a pesar de la ausencia del alumnado extranjero. Los datos correspondientes al curso académico 2012-13 que ofrece el gobierno⁶⁶ contabilizan un total de 664.325 docentes, de ellos 474.993 pertenecen a centros públicos y 189.332 a centros privados. En este curso la cifra de profesorado disminuye en 18.642 (-2,7%), con 19.523 profesores menos en los centros públicos (-3,9%) y un aumento de 881 profesores en los centros privados (+0,5%). El crecimiento del profesorado de los centros privados puede deberse a la incorporación a la oferta educativa de centros de E. Infantil de primer ciclo.

Respecto al alumnado, la misma fuente indica que, la cifra de alumnos en el curso 2012-13 asciende a 8.006.376, representando un aumento respecto al curso anterior del 1,0%. El 68,3% del alumnado está matriculado en centros públicos, con un total de 5.470.312 alumnos, y el 31,7% restante en centros privados, 2.536.064 alumnos. El incremento en enseñanza pública en este curso es del 1,4% y en la enseñanza privada del 0,3%. Destaca una disminución de 9.240 alumnos (-2,1%) en el Primer ciclo de E. Infantil, y 7.823 alumnos (-0,5%) en el Segundo ciclo de E. Infantil. Estas cifras, especialmente en el segundo ciclo, pueden estar afectadas por el descenso del número de nacimientos que se inicia en el año 2009 y que ya afectaría a este nivel.

En lo que respecta a la Educación Primaria se mantiene su crecimiento, 29.676 alumnos más (+1,1%), siendo resultado también de unas mayores cifras de natalidad en las generaciones asociadas. El alumnado de la Educación Secundaria Obligatoria presenta, por segundo año consecutivo, un incremento desde la finalización de su implantación en el curso 1999-2000, aumentando 13.510 alumnos (+0,8%). Este aumento está influido porque ya están alcanzando este nivel educativo las generaciones de nacidos a partir del año 1999, a partir del cual se produjo un repunte de los nacimientos. El informe destaca la evolución de las enseñanzas post-obligatorias, manteniéndose el incremento de alumnado iniciado años atrás, a pesar de la disminución del tamaño de la población asociada. Por enseñanzas, este aumento es especialmente importante en la Formación Profesional, donde en el régimen de enseñanza presencial el Grado Medio aumenta 15.211 alumnos (+5,0%) y el Superior, 20.137 alumnos (+7,2%). Aunque es el régimen a distancia de la Formación Profesional el que presenta mayores aumentos relativos, con un 63,8% en Grado Medio (+6.106 alumnos) y un 28,2% en Grado Superior (+6.359 alumnos). En el caso de los estudios de Bachillerato también se aprecia un notable aumento tanto en su régimen presencial, 6.347 alumnos (+1,0), como a distancia, 2.035 alum-

⁶⁶ http://www.mecd.gob.es/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/no-universitaria/profesorado/estadistica/2012-2013-Datos-avance/Nota_avance_12_13.pdf

nos (+3,7%). Para finalizar, el alumnado de los Programas de Cualificación Profesional Inicial no sufre variación, manteniéndose estable con tan solo 80 alumnos más (+0,1%). Resulta difícil de creer que la mejora de la educación en nuestro país pueda sostenerse sobre la reducción contante del número de profesores y la campaña de demonización y desprestigio que está sufriendo este colectivo, de manera subliminal o no, sin atender al papel que el profesorado desempeña en la construcción de los proyectos académicos y vitales de los jóvenes españoles.

Un último apunte nos lleva a señalar que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ratificó, con fecha 26 de agosto de 2014, el anteproyecto de la futura ley de Formación Profesional en la comunidad andaluza, justo a las puertas del inicio del curso académico 2014-2015 y en medio de las investigaciones abiertas por los presuntos casos de fraude en las subvenciones concedidas en convocatorias anteriores. Ve luz verde, igualmente, rodeado por un ambiente de insumisión por parte de los defensores de la escuela pública de calidad, y para todos los que se enfrentan a la denominada “ley Wert” a la que se acusa de precipitación y falta de medios personales y materiales para ser implantada. A este respecto, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía elevó al Tribunal Constitucional, con fecha 4 de marzo de 2014, las quejas de la comunidad educativa andaluza en forma de Recurso de Inconstitucionalidad⁶⁷ contra el articulado de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de educación (LOE), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, poniendo en evidencia que se trata de una ley que atenta contra el carácter compensatorio del Sistema Educativo de Andalucía al dejar desamparados a los más débiles (alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales y con escasos recursos). El Gobierno andaluz denuncia, asimismo, la mercantilización de la enseñanza negándose a sustituir los libros de texto disponibles por otros nuevos que contengan las adaptaciones que consecuentemente exige la LOMCE, lo que implicaría un gasto adicional difícil de asumir, y de comprender, cuando nos encontramos con centros educativos que llevan años impartiendo las clases en barracones, con falta profesorado, ratios más altas, etc. El anteproyecto presentado por el Gobierno de Andalucía introduce algunas novedades, como la desaparición del papel primordial que ostentaban los sindicatos; la fusión en el nuevo Sistema de Formación y Cualificación Profesional de Andalucía de los estudios clásicos de la FP con los dirigidos a desempleados y trabajadores; y la no exoneración, es decir, la imposibilidad de acceder a las futuras subvenciones cuando existan otras anteriores sin justificar.

⁶⁷ http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/resources/files/2014/3/4/1394439438387140304_RECURSO%20INCONSTITUCIONALIDAD%20LOMCEm.pdf

LA POSIBLE RECUPERACIÓN ECONÓMICA ARRASTRA PRECARIEDAD. ANÁLISIS DE COYUNTURA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL PRIMER SEMESTRE DE 2014

SANTOS M. RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada. Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Profesora Asociada de Economía Aplicada. Universidad Autónoma de Madrid

ANA I. VIÑAS APAOLAZA

Profesora Adjunta. Universidad Europea de Madrid

EXTRACTO

Palabras clave: Recuperación económica, principales variables

Se cumplen 7 años del inicio de la crisis financiera y económica en 2007 cuya repercusión ha sido especialmente importante en el mercado de trabajo Español pues se han destruido casi 4 millones de empleos y se han alcanzado los seis millones de desempleados. Sin embargo, desde 2013 aparecen signos de recuperación económica y laboral. En el primer semestre de 2014, en España, el empleo está creciendo, si bien a tasas interanuales reducidas, y está bajando la tasa de paro. En el presente artículo, se analiza la evolución de las principales variables laborales españolas en el primer semestre de 2014. El artículo tiene la siguiente estructura. El primer apartado se dedica a la evolución de la economía española en el contexto internacional. La sección 2 está dedicada a la oferta de trabajo, la sección 3 a la demanda y la sección 4 a la dinámica del desempleo. En el epígrafe 5 se analiza la evolución de las principales variables laborales en Andalucía. En general, una pregunta debe considerarse en esta nueva fase de recuperación económica: ¿está el nuevo empleo aumentando la precarización laboral en España?

ABSTRACT

Key words: Economic recovery, main variables

International financial and economic crisis began in 2007, seven years ago. The crisis has shown its cruellest face in the Spanish Labour Market, where almost 4 millions of jobs have been lost since then. In the same way, unemployment has grown up to six millions. Nevertheless, since 2013 sings of economic recovery can be found. In the first semester of 2014, employment in Spain is growing, although very slowly, and unemployment rate is declaiming. In the present article, the evolution of the most important labour market variables during the first semester of 2014 is considered. The article is organized as follows. Section 1 is devoted to the economic situation of Spain in the international context. Section 2 looks at the evolution of the Spanish labour supply, Section 3 is centred in the evolution of occupation and, in Section 4, unemployment dynamics is considered. Most important labour market variables in Andalusia are considered in Section 5. In general, an important question must be asked. Is the new employment growing labour *precarity* in Spain?

ÍNDICE

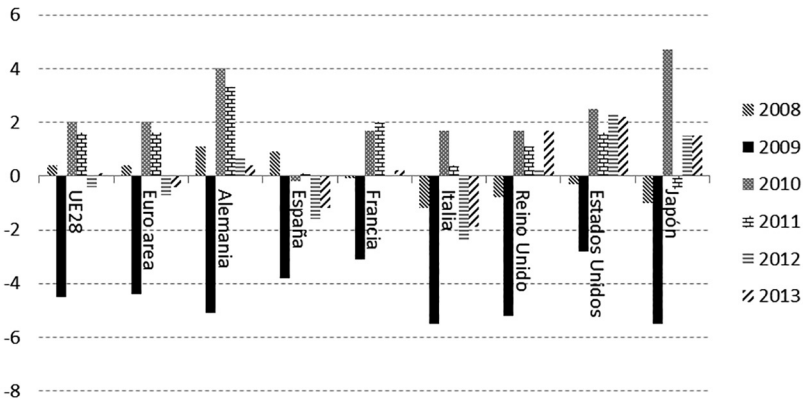
- 1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
- 2. LA OFERTA DE TRABAJO
- 3. LA DEMANDA DE TRABAJO
- 4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
- 5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL*

Se cumplen ya siete años desde el inicio, en el verano de 2007, de la crisis financiera internacional, con el estallido de la crisis de las hipotecas “subprime” en Estados Unidos. Desde entonces, en las economías desarrolladas, el ciclo económico ha experimentado diferentes etapas de recesión, crisis y recuperación, para, de nuevo, caer en la recesión.

Pero la evolución ha sido dispar según los países. En Estados Unidos, y en menor medida en Japón, se ha logrado remontar la actividad económica en la segunda parte del ciclo, es decir en los años 2012 y 2013. Mientras, en Europa, el año 2012 supuso una recaída generalizada hacia la recesión, que en algunos países ha persistido hasta el año 2013 e incluso 2014.

Evolución del PIB real en algunos países (tasas de variación anuales)



Fuente: Elaboración propia a partir de *National Accounts* (Eurostat).

Las recientemente publicadas perspectivas, para el futuro más inmediato, no parecen augurar una recuperación definitiva para Europa. Tanto el Fondo Monetario Internacional (FMI), como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), dos de las referencias internacionales en

*El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de octubre de 2014.

materia de previsiones, pronostican una caída en el ritmo de crecimiento económico alemán, que arrastraría al conjunto de la Zona Euro. La ralentización está de nuevo en el horizonte de 2014 y 2015.

Teniendo en cuenta la debilidad de las economías europeas para recuperar una senda de crecimiento sostenible, este hecho no es ajeno a las medidas establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Las políticas fiscales han llevado a un sobreesfuerzo económico y social en términos de recortes de gasto público en muchos países europeos. Esta ha sido la respuesta de los Gobiernos ante, primero, la imposibilidad de recibir ingresos vía recaudación de impuestos directos e indirectos, derivados de la actividad, así como procedentes de la Seguridad Social. Y segundo, ante la necesidad de afrontar pagos en partidas de gastos difíciles de suprimir como es el caso de las prestaciones por desempleo, en aumento por los elevados niveles de paro, o el creciente volumen de intereses de la deuda pública emitida.

Déficit público (en % del PIB)

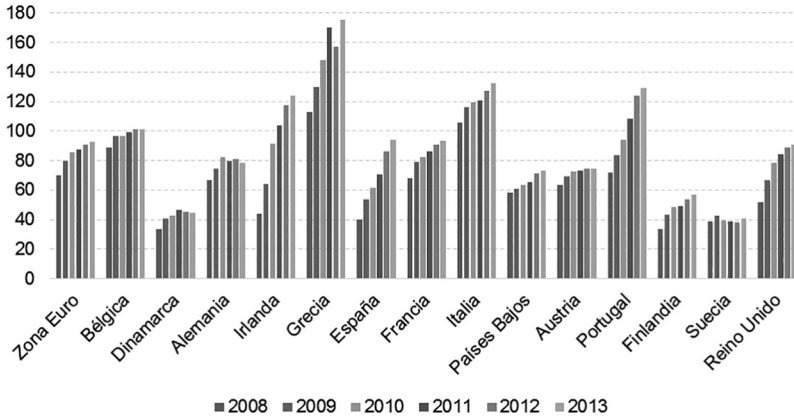
Déficit público % PIB	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Zona Euro	-2,1	-6,4	-6,2	-4,1	-3,7	-3,0
Bélgica	-1,0	-5,6	-3,8	-3,8	-4,1	-2,6
Alemania	-0,1	-3,1	-4,2	-0,8	0,1	0,0
Irlanda	-7,4	-13,7	-30,6	-13,1	-8,2	-7,2
Grecia	-9,8	-15,7	-10,9	-9,6	-8,9	-12,7
España	-4,5	-11,1	-9,6	-9,6	-10,6	-7,1
Francia	-3,3	-7,5	-7,0	-5,2	-4,9	-4,3
Italia	-2,7	-5,5	-4,5	-3,7	-3,0	-3,0
Países Bajos	0,5	-5,6	-5,1	-4,3	-4,1	-2,5
Austria	-0,9	-4,1	-4,5	-2,5	-2,6	-1,5
Portugal	-3,6	-10,2	-9,8	-4,3	-6,4	-4,9
Finlandia	4,4	-2,5	-2,5	-0,7	-1,8	-2,1
Suecia	2,2	-0,7	0,3	0,2	-0,6	-1,1
Reino Unido	-5,0	-11,4	-10,0	-7,6	-6,1	-5,8

Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

Como consecuencia, aunque el gasto público haya descendido, los ingresos lo han hecho en mayor proporción, por lo que, en países como España el ajuste del déficit público es lento y, en cambio, la proporción de deuda pública sigue en ascenso.

Únicamente Dinamarca, Finlandia y Suecia (dos de los cuales no pertenecen al euro), han cumplido los criterios establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, manteniendo sus déficit fiscales en el entorno del 3 por ciento, incluso en el periodo más recesivo (exceptuando a Dinamarca en el año 2012). También en el apartado de la deuda pública son los tres únicos países que han mantenido su deuda pública como proporción del PIB por debajo del 60 por ciento.

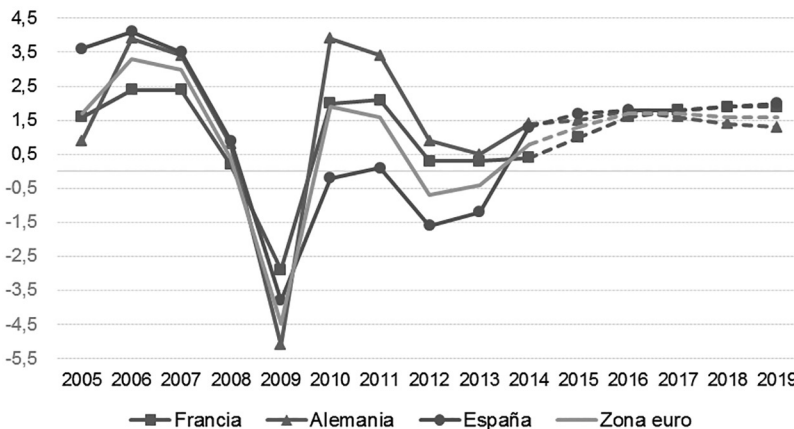
Evolución de la deuda pública en porcentaje del PIB, en países europeos



Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

En última instancia, las exigencias desde el ámbito europeo están impidiendo que la recuperación económica se asiente en Europa. Las perspectivas no parecen apuntar a un crecimiento sostenido en el futuro más cercano, con lo que las esperanzas que muchos habían depositado en el comercio exterior como motor de crecimiento, comienzan de nuevo a diluirse.

Evolución del PIB real y previsiones (tasas de variación anuales)

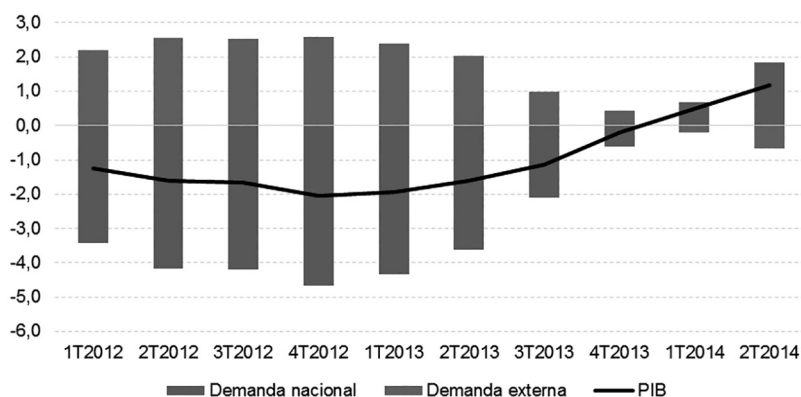


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del FMI.

El mercado exterior español es, principalmente, el europeo (el 70 por ciento de las exportaciones), en concreto la Zona Euro (adonde se dirige el 49 por

ciento de las exportaciones), y con dos países a la cabeza: Francia y Alemania. Si en estos países se estanca el crecimiento económico, las exportaciones españolas lo sufrirán. Mientras tanto, si la actividad económica en el interior de nuestro país comienza a repuntar, las importaciones lo harán en la misma medida, ya que buena parte de esta variable son bienes intermedios en el comercio intraindustrial (bienes de equipo y sector automovilístico) así como productos energéticos (inputs para la producción). De consolidarse la recuperación el sector exterior podría de nuevo desequilibrarse.

Evolución la aportación al crecimiento de la demanda nacional y externa, y evolución del PIB real



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional* (INE).

2. LA OFERTA DE TRABAJO¹

En España, la repercusión de la crisis económica ha sido especialmente importante en el mercado laboral. Desde el tercer trimestre de 2008 comenzó una senda de destrucción de empleo que elevó la tasa de paro hasta el 26 por ciento en 2013.

La razón se encuentra en la destrucción de empleo en el periodo, pero también en una transformación de la población activa.

¹ Este análisis se lleva a cabo con los nuevos datos de la EPA publicados por el INE en abril de 2014 (<http://www.ine.es/prensa/np839.pdf>). Las adaptaciones al censo han hecho que se hayan producido variaciones en los datos anteriores, de modo que no se pueden comparar las cifras aquí analizadas con las de informes anteriores. Se puede consultar más información sobre el cambio metodológico en Pérez Infante, J. I. (2014): "El cambio de las estimaciones de la EPA", para *Economistas frente a la crisis* (<http://economistasfrentealacrisis.wordpress.com/2014/04/26/el-cambio-de-las-estimaciones-de-la-epa/>).

Hasta el año 2013 crece el volumen de activos en España. Sin embargo, en 2014, el efecto desánimo, tras años de crisis, sumado al inicio de un proceso de emigración (de extranjeros que retornan a sus países, y de jóvenes españoles en busca de empleo en otros países), se han dejado notar en el volumen de activos disponibles en España.

Número de activos en España por sexo, edad y nacionalidad (2007 – 2014)

(miles)								I trim	II trim
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2014
Activos	22.426	23.066	23.260	23.365	23.434	23.444	23.190	22.884	22.976
Hombres	12.894	13.125	13.033	12.959	12.858	12.740	12.521	12.282	12.373
Mujeres	9.532	9.941	10.228	10.405	10.576	10.704	10.669	10.602	10.603
Menores de 25 años	2.459	2.431	2.244	2.069	1.936	1.809	1.714	1.589	1.582
Mayores de 55 años	2.415	2.563	2.638	2.707	2.833	2.954	3.016	3.050	3.114
Españoles	19.118	19.389	19.428	19.529	19.627	19.729	19.688	19.559	19.648
Hombres	11.068	11.102	10.942	10.918	10.885	10.818	10.735	10.584	10.667
Mujeres	8.050	8.286	8.486	8.612	8.742	8.910	8.953	8.974	8.982
Extranjeros	3.103	3.437	3.544	3.498	3.412	3.289	3.058	2.852	2.836
Hombres	1.722	1.916	1.958	1.883	1.796	1.722	1.585	1.477	1.485
Mujeres	1.381	1.521	1.586	1.615	1.616	1.567	1.473	1.375	1.351

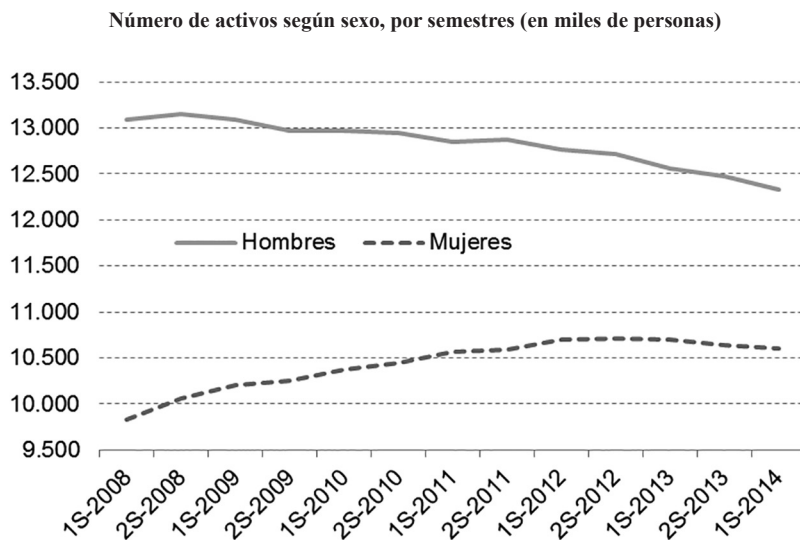
Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En la trayectoria seguida por la población activa a lo largo de la recesión y que explica lo sucedido después en la primera mitad de 2014, la decisión de participar o no en el mercado de trabajo ha sido diferente entre sexos. En el caso de los hombres se ha apreciado una tendencia claramente descendente desde 2008, es decir, de abandono del mercado de trabajo (efecto desánimo). Y sólo en el segundo trimestre de 2014, con el aumento del empleo del inicio de la temporada estacional, se observa un leve incremento.

Por otro lado, las mujeres en especial de cohortes de mayor edad, han pasado de incorporarse al mercado de trabajo, por efecto del trabajador adicional, hasta 2012 (para intentar recobrar los ingresos perdidos en el hogar), a un descenso de su participación en el transcurso de 2013 y 2014, llegando también a un efecto desánimo, en parte por el alargamiento de la crisis y las escasas oportunidades de ser contratadas. Sin olvidar la tendencia estructural del mercado de trabajo español de contratar preferiblemente hombres ante la recuperación de la actividad.

Atendiendo a la diferente evolución según el sexo, toda la caída de los hombres queda compensada con el aumento del número de mujeres participantes del mercado de trabajo, hasta el último semestre de 2013, en el que las mujeres también dan muestras del efecto desánimo y cae la población activa

femenina, manteniéndose dicha tendencia en la primera mitad de 2014.

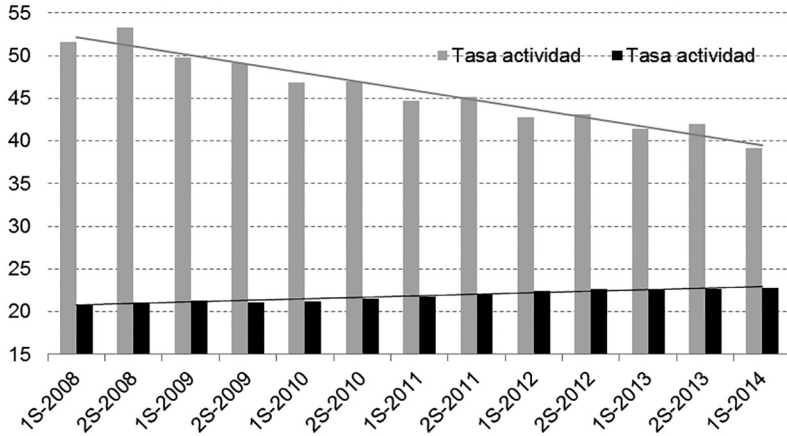


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

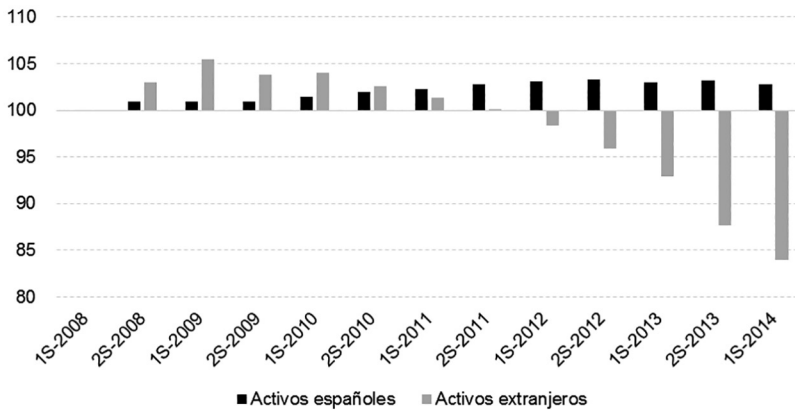
En el caso de los jóvenes, la evolución de la población activa juvenil continúa un descenso progresivo, relacionada con el efecto desánimo y la vuelta o continuación de los estudios, lo que termina reflejándose en la tasa de actividad, que ha caído más de 12 puntos entre el primer semestre de 2008 y 2014, para este grupo de edad.

A esta realidad se añade el retorno de población extranjera a sus países de origen ante el horizonte de desempleo, y también la emigración de jóvenes españoles en busca de oportunidades de empleo y formación fuera de España. Ambos, bajo el efecto desánimo.

Por el contrario, la población de más edad (mayores de 55 años) sigue incorporándose al mercado de trabajo, mostrando una tendencia creciente de las tasas de actividad en estas edades, aunque de menor ritmo que la caída en el caso de los jóvenes (se incrementa en dos puntos porcentuales).

Tasas de actividad por grupos de edad, por semestres (en porcentaje)

La población activa nacional, que había mostrado ascensos por la mayor participación de las mujeres en el mercado, pasa en 2013 a reducirse, aunque repunta en 2014. En cambio, entre la población extranjera se observa una caída de la actividad, sobre todo femenina.

Número de activos según nacionalidad, por semestres (1S2008=100)

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

Parece que en el año 2014 comienza una mejora generalizada de las cifras de empleo, ya que aumenta el número de ocupados, especialmente entre los hombres, y, aunque en menor medida, también entre las mujeres.

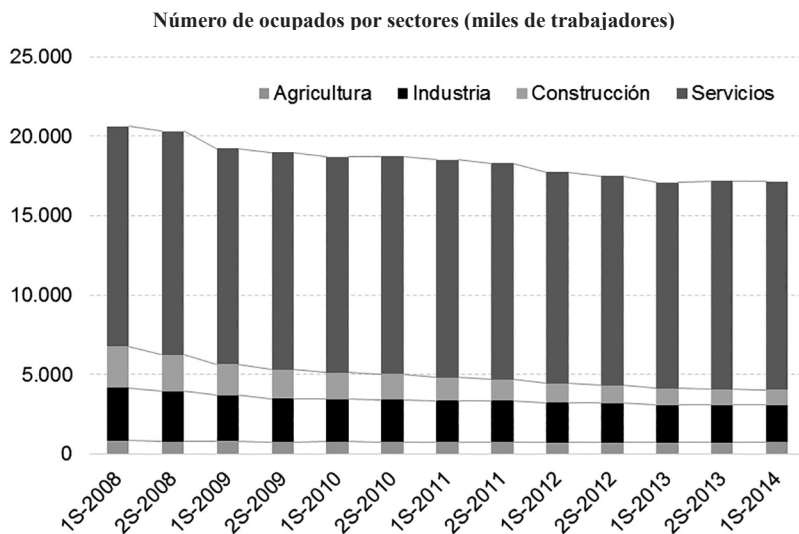
La reducción progresiva del empleo entre los jóvenes, a pesar de la ligérrima recuperación observada en los últimos trimestres disponibles, al igual que entre los trabajadores mayores de 55 años, españoles y extranjeros, apunta también a que el ajuste del mercado de trabajo está comenzando. La misma leve mejoría se encuentra para los trabajadores asalariados y el trabajo por cuenta propia, y para los asalariados del sector privado, y del empleo público.

Número de ocupados en España por sexo, edad, nacionalidad, situación profesional, tipo de contrato y jornada, 2008 – 2014

OCUPADOS (miles)	Media	Media	Media	Media	Media	Media	I trim	II trim
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2014
Ocupados	20.470	19.107	18.725	18.421	17.633	17.139	16.951	17.353
Hombres	11.805	10.733	10.424	10.152	9.608	9.316	9.166	9.441
Mujeres	8.665	8.374	8.301	8.269	8.025	7.823	7.785	7.912
Menores de 25 años	18.368	1.397	1.210	1.042	852,8	763,3	707	742
Mayores de 55 años	2.382	2.334	2.340	2.425	2.445	2.432	2.448	2.504
Españoles	17.424	16.347	16.023	15.830	15.231	14.920	14.870	15.156
Extranjeros	2.838	2.543	2.450	2.300	2.107	1.926	1.776	1.868
Cuenta propia	3.596	3.215	3.123	3.020	3.051	3.061	3.014	3.027
Asalariados	16.861	15.881	15.592	15.394	14.573	14.069	13.930	14.318
Sector público	3.007	3.119	3.210	3.277	3.112	2.937	2.921	2.930
Sector privado	13.855	12.762	12.383	12.117	11.461	11.132	11.009	11.388
Asal. Indefinidos	11.955	11.878	11.735	11.525	11.162	10.814	10.708	10.888
Asal. Temporales	4.906	4.003	3.858	3.869	3.411	3.256	3.222	3.430
Ocup. tiempo completo	18.064	16.710	16.286	15.923	15.078	14.432	14.205	14.509
Ocup. tiempo parcial	2.406	2.397	2.438	2.498	2.555	2.707	2.746	2.844
Ocup. agricultura	828,175	788,125	786	755,25	743,375	736,575	809	739
Ocup. industria	3.237	2.808	2.650	2.605	2.484	2.356	2.299	2.355
Ocup. construcción	2.460	1.890	1.651	1.404	1.161	1.029	942	979
Ocup. servicios	13.945	13.621	13.637	13.658	13.244	13.017	12.901	13.279

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

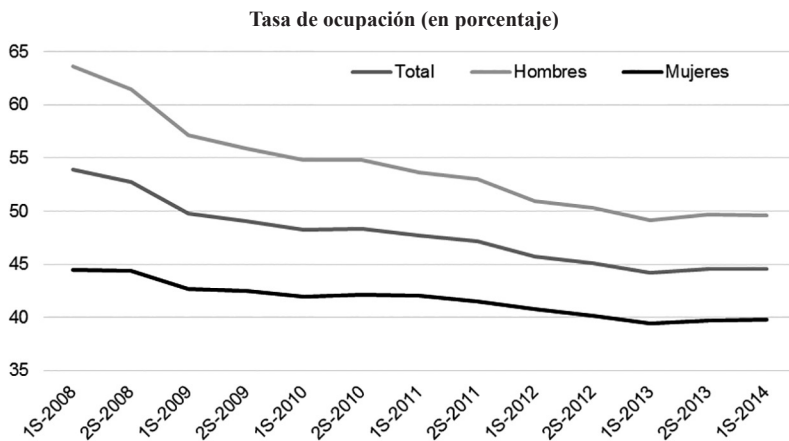
Atendiendo a la estructura productiva sectorial, la creación de empleo en la agricultura mantiene un trayecto muy estacional, y por tanto irregular. En el sector servicios se observa una recuperación, en parte por el repunte estacional de los trimestres centrales del año, causado por el turismo y las actividades afines. La industria remonta, mientras la construcción, a pesar de las mejores cifras, sigue perdiendo ocupados.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En este sentido, en el ciclo se ha podido analizar la evolución de la construcción a través de su pérdida de importancia en el PIB y en el empleo. En el primer semestre del año 2008, los ocupados en el sector de la construcción suponían un 12,7 por ciento del empleo total, en el primer semestre de 2014, dicho porcentaje se había reducido al 5,6 por ciento. Esto da una idea del enorme peso que, en términos de empleo sobre todo, adquirió el sector de la construcción en nuestro país, y cómo ha sido éste precisamente el sector que más se ha ajustado y reducido de tamaño durante la crisis. Desde el primer semestre de 2008 ha perdido un total de 1.700.000 ocupados, lo que representa más de un 63 por ciento de ajuste de empleo en el sector.

Por el contrario, es en el sector servicios donde menos puestos de trabajo se han perdido (755.000, lo que representa una reducción del 5,5 por ciento en el sector). La agricultura apenas ha perdido 76.000 ocupados (un 9 por ciento) y el sector industrial es el segundo en destrucción de puestos de trabajo durante la crisis: hay casi 1.000.000 menos de ocupados, lo que significa una caída del 30 por ciento en el sector.

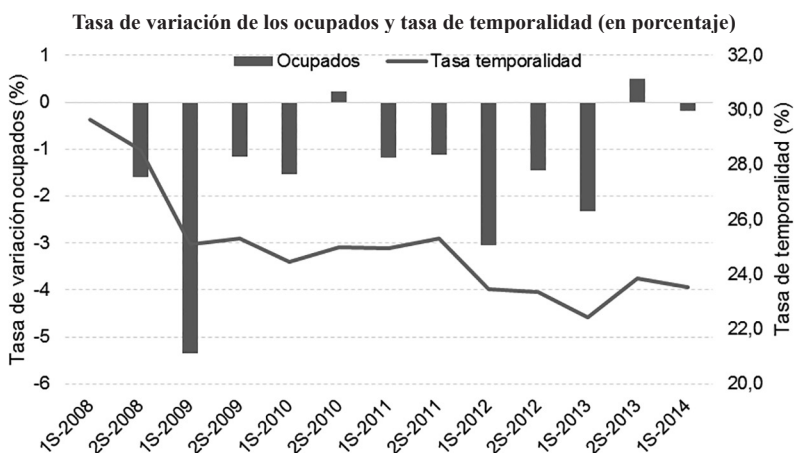


Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa (INE).

La evolución general positiva del último año se refleja en una mejora de las tasas de ocupación, o al menos, en una estabilización.

Sin embargo, las cifras hay que considerarlas con extrema precaución, pues el crecimiento del empleo en los trimestres centrales del año está ligado a la estacionalidad y, el empleo que se está generando, lo hace bajo unas condiciones más precarias.

A pesar de la pérdida de empleo temporal, especialmente en la primera parte de la crisis, la temporalidad se mantiene en cifras elevadas, no dejando su papel de problema estructural del mercado laboral español. Es más, la creación de empleo en 2013 y 2014, sobre todo en el segundo trimestre, está fuertemente ligada a la contratación temporal. La consecuencia son nuevos aumentos de la tasa de temporalidad.



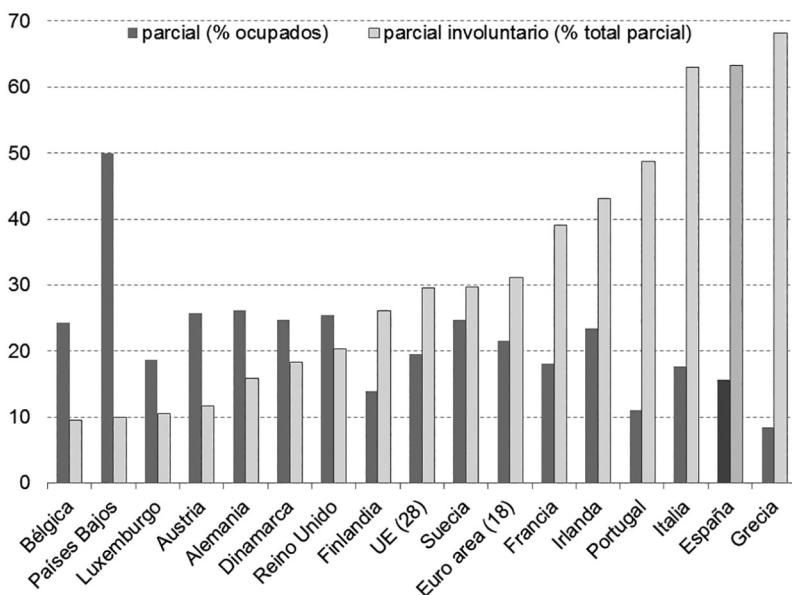
Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa (INE).

Otra dosis de precariedad la aporta la contratación a tiempo parcial de carácter involuntario (así se considera cuando la persona trabaja a tiempo parcial por no haber encontrado un empleo a tiempo completo). Bajo las modificaciones legislativas de la reforma laboral y posteriores normas que afectan a estos contratos, ha despegado este tipo de empleo.

La tasa de empleo a tiempo parcial en España (en 2014 entorno al 16 por ciento del total de ocupados lo hace con una jornada inferior a la habitual) continúa por debajo de la media del resto de nuestros socios europeos (cerca del 20 por ciento), muy por debajo de las tasas de empleo a tiempo parcial de los países que se sitúan en lo alto de la lista, como Países Bajos, Reino Unido, Alemania, Austria, Bélgica o Dinamarca, que tienen tasas de empleo a tiempo parcial superiores al 25 por ciento.

Sin embargo, si se observa su carácter involuntario la situación es opuesta: en España, Grecia e Italia, entre otros, más de la mitad de los trabajadores a tiempo parcial lo hacen de forma involuntaria. Esta tendencia en España se ha duplicado durante la crisis y en 2014 supera el 63 por ciento del empleo parcial.

Tasa de empleo a tiempo parcial (% sobre ocupados) y proporción de parcialidad involuntaria (% involuntarios sobre ocupados a tiempo parcial) en algunos países europeos, 2013



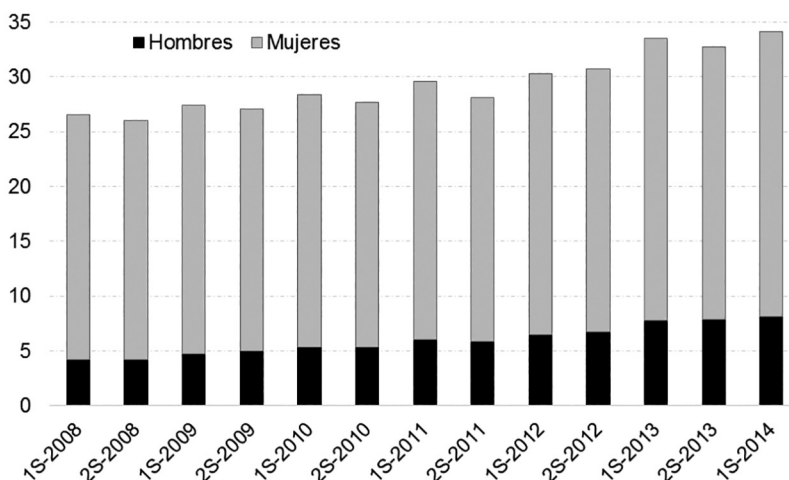
Fuente: Elaboración propia a partir de Labour Force Survey (Eurostat).

Lo anterior pone de manifiesto que una de las consecuencias de la crisis ha sido la aceptación por parte de la población de salarios de reserva más bajos

y, también, de peores condiciones laborales. El acceso a puestos de trabajo por debajo de los requerimientos iniciales del trabajador supone dar forma a diferentes clases de subempleo; entre ellos el relacionado con el tiempo de dedicación al trabajo.

El tiempo parcial era un recurso poco utilizado entre los hombres, pues estaba destinado a conciliar la vida laboral y familiar (de las mujeres). Debido a la crisis, los hombres se ven obligados a aceptar contratos a tiempo parcial que tradicionalmente firmaban las mujeres. Si se combinan 1) el hecho de que la pérdida de empleo había sido principalmente masculina y, por tanto, ahora el tiempo parcial involuntario es una opción para los hombres, y 2) la preferencia estructural del mercado laboral a contratar hombres, el resultado es un desplazamiento de las mujeres hacia el desempleo.

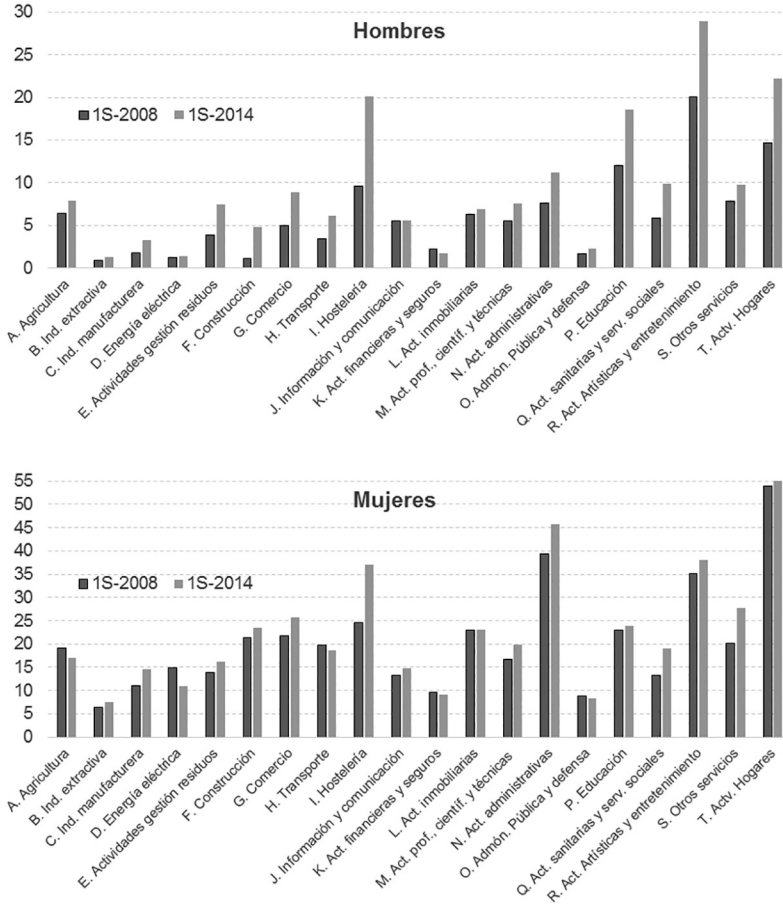
Evolución del empleo a tiempo parcial (% sobre ocupados), por género, 2008- 2014



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

Unas tendencias que quedan registradas en el peso del empleo a tiempo parcial, masculino y femenino, por ramas de actividad. Entre los hombres el peso de la parcialidad sube en todas las actividades, con excepción de las actividades inmobiliarias. Entre las mujeres, en cambio, los aumentos son menos pronunciados y, en muchas ramas, el tiempo parcial reduce la proporción.

Proporción de ocupados a tiempo parcial respecto al total de ocupados, primeros semestres de 2008 y 2014 (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

El mayor número de ocupados (hombres y mujeres) a tiempo parcial se encuentra en el comercio, la hostelería y las actividades administrativas y de servicios auxiliares. En el primer semestre de 2014, el tercer puesto ha dejado de ser para esta última rama y se ha visto superada por la educación, donde ahora se concentra más del 10 por ciento de los empleos a tiempo parcial.

Número de ocupados a tiempo parcial según sexo, por ramas de actividad, 1^{er} semestre de 2008 y 2014, miles de personas

	Hombres				Mujeres			
	1S-2008	1S-2014	Dif. 1S 2008- 2014	% var. 1S 2008- 2014	1S-2008	1S-2014	Dif. 1S 2008- 2014	% var. 1S 2008- 2014
A. Agricultura	39,4	45,5	6,1	15,5	45,4	33,0	-12,4	-27,3
B. Ind. extractiva	0,5	0,4	-0,1	-22,2	0,4	0,4	0,1	14,3
C. Ind. manufacturera	41,3	50,7	9,4	22,8	87,0	77,1	-9,8	-11,3
D. Energía eléctrica	0,7	1,0	0,3	42,9	2,2	2,0	-0,2	-9,1
E. Actividades gestión residuos	3,9	6,9	3,0	77,9	2,8	3,0	0,2	5,4
F. Construcción	28,0	42,0	14,1	50,3	39,3	18,9	-20,4	-51,9
G. Comercio	80,8	125,6	44,8	55,4	346,3	366,4	20,1	5,8
H. Transporte	27,1	42,3	15,2	56,1	33,5	30,0	-3,6	-10,6
I. Hostelería	61,5	130,7	69,2	112,4	196,7	257,4	60,7	30,9
J. Información y comunicación	20,3	18,7	-1,6	-7,7	25,8	24,3	-1,5	-5,8
K. Act. financieras y seguros	6,3	4,0	-2,4	-37,3	23,5	20,4	-3,1	-13,0
L. Act. inmobiliarias	3,8	3,0	-0,9	-22,4	14,7	13,4	-1,3	-8,5
M. Act. prof., científ. y técnicas	26,3	32,8	6,5	24,7	71,3	79,2	7,9	11,1
N. Act. administrativas	29,1	43,4	14,3	49,0	214,9	227,2	12,3	5,7
O. Admón. Pública y defensa	12,5	17,6	5,2	41,4	45,7	44,5	-1,2	-2,5
P. Educación	49,7	73,8	24,1	48,4	175,3	187,6	12,3	7,0
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	16,6	32,3	15,7	94,3	124,9	205,6	80,8	64,7
R. Act. Artísticas y entretenimiento	33,8	56,2	22,4	66,1	47,6	55,0	7,5	15,7
S. Otros servicios	11,0	13,6	2,6	23,2	60,7	74,0	13,3	21,9
T. Actv. Hogares	7,3	14,8	7,5	102,1	375,7	321,3	-54,4	-14,5
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0,0	0,0	-	-	0,0	0,1	0,1	-
TOTAL	499,7	754,8	255,1	51,0	1.933,2	2.040,3	107,1	5,5

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Aunque los resultados económicos del primer semestre de 2014 hayan sido relativamente mejores, en el caso del mercado de trabajo, no es posible afirmar que España haya salido de la crisis, ya que todavía se cuentan casi seis millones de parados, que empujan la tasa de desempleo hasta el 26 por ciento de la población activa, según la Encuesta de Población Activa.

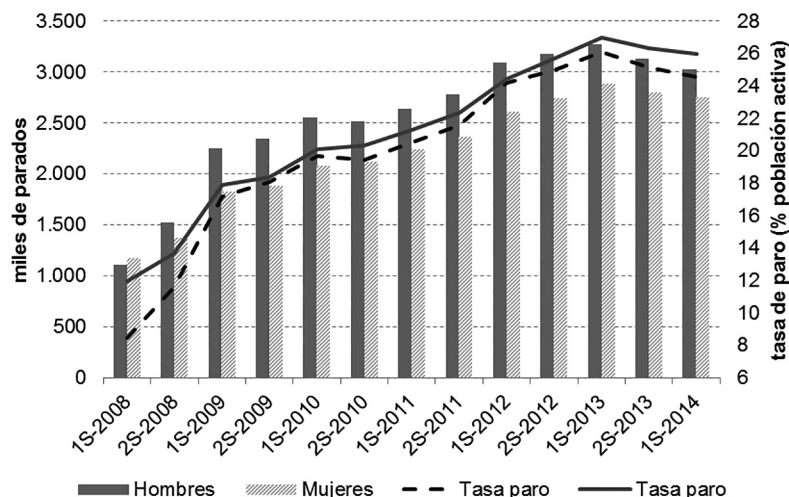
Parados y tasas de desempleo por género, edad y nacionalidad, 2007 - 2014

	Media	Media	Media	Media	Media	Media	Media	I trim	II trim
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2014
Parados (miles)	1.846	2.596	4.154	4.640	5.013	5.811	6.051	5.933	5.623
Tasa de paro %	8,23	11,25	17,86	19,86	21,39	24,79	26,09	25,93	24,47
Hombres (miles)	826	1.320	2.300	2.536	2.706	3.131	3.206	3.117	2.932
Tasa paro masculina (%)	6,41	10,05	17,64	19,57	21,04	24,58	25,60	25,37	23,70
Mujeres (miles)	1.020	1.276	1.854	2.104	2.307	2.680	2.846	2.817	2.691
Tasa paro femenina (%)	10,70	12,84	18,13	20,22	21,81	25,03	26,67	26,57	25,38
Menores de 25 años (miles)	445	595	847	858	894	956	951	881	841
Mayores de 55 años (miles)	138	181	304	367	408	510	584	603	610
Tasa paro españoles %	7,60	10,17	15,99	18,08	19,48	22,97	24,43	24,25	23,11
Tasa paro extranjeros %	12,18	17,44	28,25	29,95	32,60	35,94	37,02	37,72	34,14

Fuente: elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Con datos de la EPA, tanto entre hombres como entre mujeres, el desempleo ha seguido una tendencia de crecimiento a lo largo de la recesión, si bien desde 2013 refleja un mejor comportamiento. Las tasas de paro masculinas y femeninas han mejorado unas décimas. Se ha situado entre los hombres en el 24,5 por ciento en el primer semestre de 2014 y entre las mujeres en el 26 por ciento. La brecha entre ambas alcanza en el primer semestre de 2014 1,5 p.p. Una distancia que ha pasado de equipararse al inicio de la crisis por la fuerte pérdida de empleo masculino a ir aumentando paulatinamente a medida que la creación de empleo se recupera, por la ya mencionada tendencia a contratar preferiblemente hombres. Así, cuando parecía que se atisbaba cierta mejoría en la diferencia entre ambas, de nuevo vuelve a crecer, reduciéndose más rápidamente la tasa de paro masculina que la femenina.

Evolución del número de parados y de las tasas de paro por sexos (en porcentaje de la población activa), 2008-2014



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

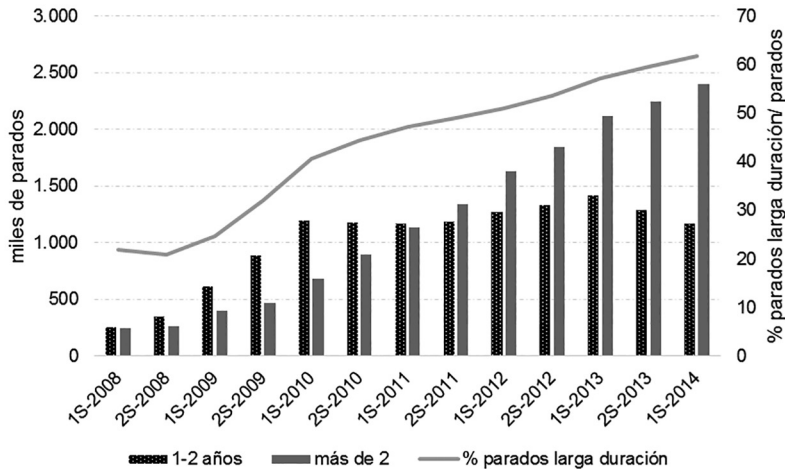
Por edades, desde el primer semestre de 2013 se reduce también levemente la tasa de paro entre los jóvenes (casi dos puntos menos hay un año después), pero persiste y se profundiza el problema del desempleo entre las personas mayores de 55 años, cuya tasa de desempleo no ha cesado de aumentar: la tasa de desempleo de las personas con más de 55 años se sitúa en el primer semestre de 2014 en el 19,7 por ciento, la más elevada de toda la serie.

Así, aceptando el problema social que constituye el desempleo juvenil, preocupa más el constante incremento del desempleo entre las personas de más edad, por el mayor riesgo que poseen de convertirse en desempleados estructurales, de difícil reinserción en el mercado de trabajo.

De hecho, el paro de larga duración se ha ido extendiendo con el avance de la crisis: el número de personas paradas que lleva más de un año buscando empleo ha pasado de algo más de medio millón en el otoño de 2008, a superar los 3,5 millones en 2013 y 2014.

En 2008 poco más del 20 por ciento de las personas en desempleo llevaban más de un año buscando empleo, un porcentaje que se supera el 62 por ciento a lo largo de 2014, siendo cada vez mayor la incidencia de las personas que llevan buscando un puesto de trabajo más de dos años (más del 42 por ciento).

Número de parados por tiempo de búsqueda y porcentaje de parados de larga duración sobre el total de desempleados



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

En las estadísticas de empleo del registro del Servicio Público de Empleo Estatal², se observa un descenso del número de personas desempleadas registradas en 2014, que sigue la tendencia iniciada en 2013. No obstante, a través de esta fuente de datos, la reducción del número de parados está causada no sólo por la generación de empleo, sino por el descenso de la población activa con efecto desánimo y por su salida hacia otros países en busca de empleo. El resultado es un adelgazamiento del volumen de desempleados registrados.

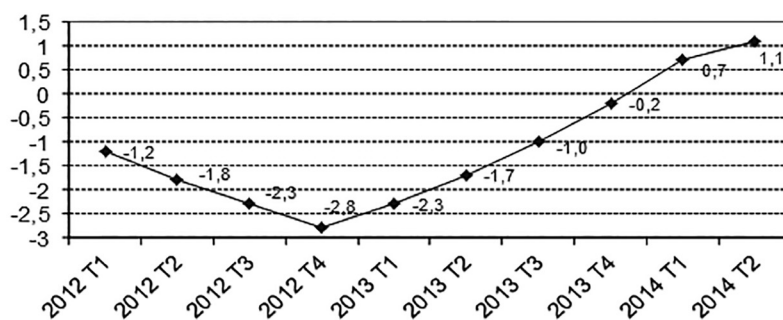
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

En la primera mitad del año 2014, la economía española ha presentado una línea de recuperación de la crisis, si bien de naturaleza muy ligera. Las previsiones para los próximos meses son de afianzamiento de esta recuperación aunque, a partir del verano, se han puesto de manifiesto algunos factores que pueden frenar esa positiva evolución. Las causas de esta preocupación fundamentalmente proceden de ralentización del crecimiento económico de los

² La información registrada en los Servicios Públicos de Empleo, anticipa lo que sucede en el mercado de trabajo, pero únicamente a través de flujos mensuales. El análisis más profundo, de *stock* se realiza con la Encuesta de Población Activa, que además contiene información de todos los componentes del mercado de trabajo, y no sólo del desequilibrio.

países centrales de Europa, sobre todos Alemania, Italia y Francia. De forma simétrica a lo que ocurre en el conjunto de la economía nacional, la economía andaluza presenta también rasgos de recuperación. Según las estimaciones de crecimiento económico presentadas por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, las tasas de variación interanual del PIB de Andalucía han alcanzado valores positivos por primera vez desde hace bastantes trimestres. Las primeras estimaciones de la evolución del PIB en Andalucía publicadas por el IECA muestran una trayectoria de recuperación en las tasas de variación interanual correspondientes al año 2013 y sobre todo en los dos primeros trimestres de 2014.

Evolución trimestral del PIB Andalucía. 2012 T1 - 2014 T2
Tasas de variación interanual



Fuente: IECA Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Base 2008

Las fuentes de esta evolución positiva se pueden destacar fundamentalmente, desde el punto de vista de la demanda, la recuperación del gasto en consumo final de los hogares en el segundo semestre del año, mientras que el consumo de las Administraciones Públicas y las ISFLSH (las Instituciones sin fines de lucro de servicios a los hogares) sigue estabilizado en valores positivos aunque muy reducidos. El indicador de inversión empresarial también muestra una reducción en las tasas de caída de la actividad interanual del subsector. Como consecuencia de ello, la demanda regional modera sus tasas de caída y en los dos primeros trimestres de 2014 las tasas de variación interanuales son positivas. Es la demanda exterior la que protagoniza también el lado positivo del crecimiento económico regional. Las exportaciones presentan tasas de crecimiento positiva en 2013 y la primera mitad de 2014. Las importaciones también presentan tasas de crecimiento positivas, indicando la recuperación de la renta nacional regional que acompaña el consumo.

Desde el lado de la oferta, el sector agrícola es el que muestra un mejor comportamiento en lo referido al crecimiento económico en el año 2013 y

primer trimestre de 2014, si bien en el segundo trimestre de 2014 su tasa de variación es negativa. Por el contrario, el sector de la construcción es el que muestra un comportamiento más negativo, si bien modera su caída en relación a los años anteriores, mostrando signos de que el duro ajuste de este sector puede estar cercano a su final. Especial atención hay que prestar a la industria que muestra un comportamiento más negativo en 2013 en relación al año anterior, si bien, en a lo largo del año, las tasas de variación interanual se van moderando lo que puede indicar un cambio de tendencia a lo largo del año 2014. En lo que respecta al sector servicios, su comportamiento es estable, si bien las tasas relativas al segundo semestre del año muestran tasas positivas. Lo mismo sucede con la evolución de la industria que presenta tasas positivas en el primer semestre de 2014.

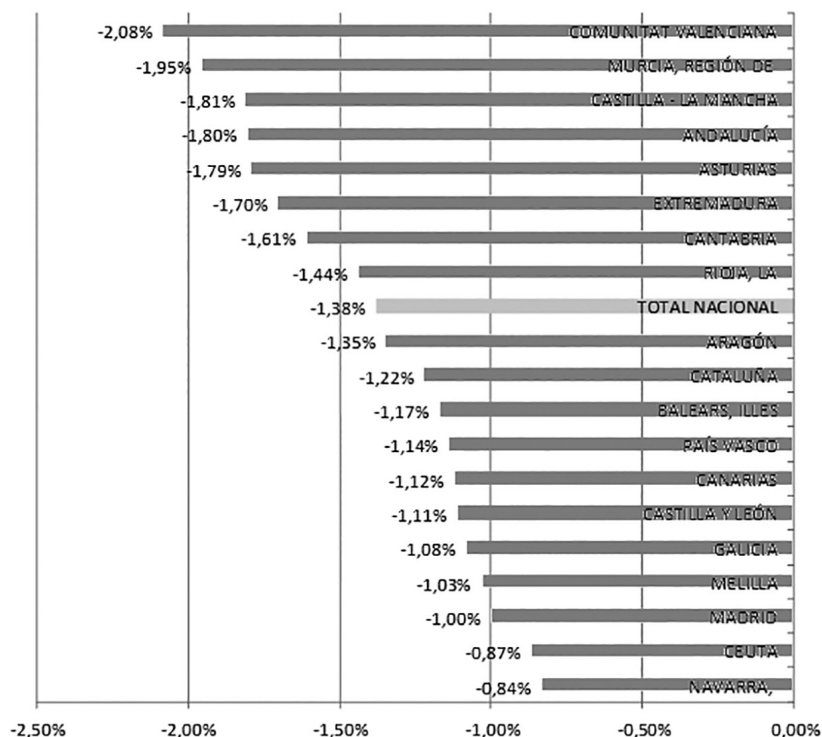
TASA DE CRECIMIENTO INTERANUAL. DATOS CORREGIDOS DE ESTACIONALIDAD Y EFECTO CALENDARIO. Andalucía 2013 TI-2014 T2						
DEMANDA	2013 T1	2013 T2	2013 T3	2013 T4	2014 T1	2014 T2
Gasto en Consumo final regional	-4,4	-3,1	-0,7	-0,1	1,3	1,2
Gasto en consumo final de los hogares regional	-4,5	-3	-1,7	0,6	1,7	1,6
Gasto en Consumo final de las AA.PP. e ISFLSH	-4,1	-3,4	1,9	-2	0,3	0,3
Formación bruta de capital	-7,1	-5,1	-3,6	-3,2	-1,3	-0,2
Demanda Regional (*)	-5,4	-3,8	-1,3	-0,7	0,9	1,1
Exportaciones de bienes y servicios	4,3	2,6	-0,3	1,8	1,6	2
Importaciones de bienes y servicios	-2,8	-1,9	-0,8	0,4	1,7	1,7
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-2,3	-1,7	-1	-0,2	0,7	1,1
OFERTA						
Agricultura, Ganadería y Pesca	6,1	6	11,6	8,5	9,7	-2,7
Industria	-9,9	-6,4	-3,2	-0,8	1,7	2,2
Construcción	-7,2	-6,1	-5,2	-5,1	-5,7	-1,6
Servicios	-1	-0,9	-0,9	0,2	0,5	1,2
Impuestos netos sobre los productos	-2,2	-1,1	-0,9	-1,4	1,8	2,5
PIB a precios de mercado (Índices de volumen encadenados)	-2,3	-1,7	-1	-0,2	0,7	1,1
Fuente: IECA. Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Segundo trimestre						

Si consideramos un periodo amplio algo más amplio, las tasas de variación interanuales medias de los últimos dos años muestran una senda de recuperación respecto a la segunda fase recesiva del ciclo que se ha producido entre 2011 y 2012.

Una valoración de la gravedad de la crisis económica y su distribución entre las distintas comunidades autónomas españolas se puede encontrar en el gráfico

que recoge la evolución del crecimiento económico medio del PIB entre 2008 y 2013 que ofrece la Contabilidad Regional de España del publicada por el INE. Según estos datos, la caída media anual del PIB en Andalucía a lo largo de ese periodo de crisis se calcula en un -1,80% por debajo del -1,38% de caída media del PIB nacional. La crisis sólo ha azotado de forma más intensa a las Comunidades Autónomas de Valencia (-2.08%), Murcia (-1.95%) y Castilla La Mancha (-1.81%). En el extremo opuesto (las Comunidades Autónomas que han experimentado una caída del PIB de menor cuantía), se encuentran las Comunidades Autónomas de Navarra (-0.84%), la ciudad autónoma de Ceuta (-0.87%) y la Comunidad de Madrid (-1.00%). Los cinco años de crisis considerados han afectado de a todas las Comunidades Autónomas españolas, pero el rango de variación es suficientemente amplio para considerar que los efectos son muy diferenciados entre los españoles.

Crecimiento medio del PIB a precios de mercado. (Variaciones de volumen) 2013/2008



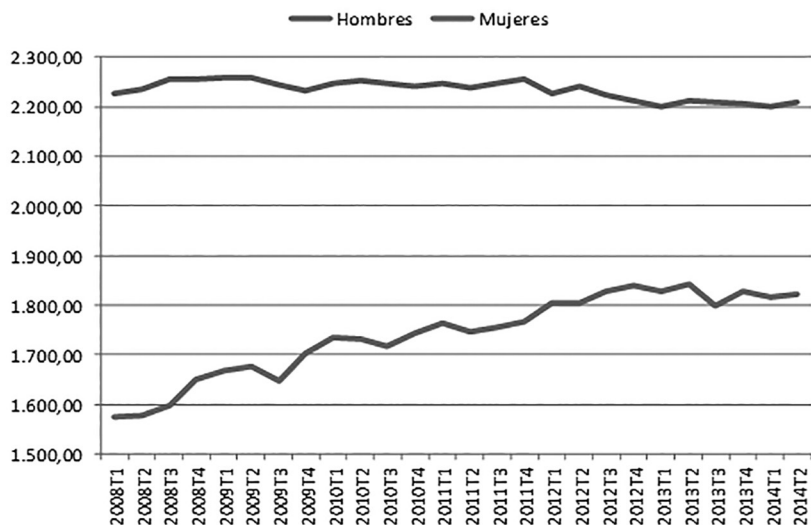
Fuente: INE. Contabilidad Regional de España. Base 2008. Primera estimación

En el contexto macroeconómico que hemos apuntado a grandes rasgos, pasaremos a continuación a señalar las características básicas de evolución de las variables laborales más significativas.

LA OFERTA DE TRABAJO

En el primer trimestre de 2014, la población activa en Andalucía, estimada por el INE en la Encuesta de Población Activa, era de un total de 4.030.100 personas de las que 2.222.000 son hombres y 1.808.100 mujeres. La evolución de la Población Activa en Andalucía presenta un comportamiento semejante al ocurrido en el conjunto de España que se puede caracterizar en dos fases: un primer periodo de crecimiento sostenido de la oferta de trabajo que concluye en torno a 2008 y un segundo periodo de estabilización de la oferta de trabajo a partir de ese año que se estabiliza en torno a los cuatro millones de oferentes de trabajo en Andalucía. En este segundo subperiodo, que se recoge en Gráfico adjunto, se pueden distinguir dos comportamientos diferenciados según el género de la población. La presencia en el mercado laboral de la población activa masculina se ha reducido, mientras que la femenina ha aumentado significativamente su participación en el mercado de trabajo de Andalucía. El abandono del mercado de trabajo por los varones se debe fundamentalmente al efecto desánimo frente al predominio del efecto trabajador adicional que predomina en el comportamiento de la oferta de las mujeres andaluzas. Sin embargo, en los últimos trimestres, la tendencia parece haberse estabilizado para ambos grupos de trabajadores, los hombres en torno a 2.200.000 efectivos y las mujeres a cifras que rondan 1.800.000 personas.

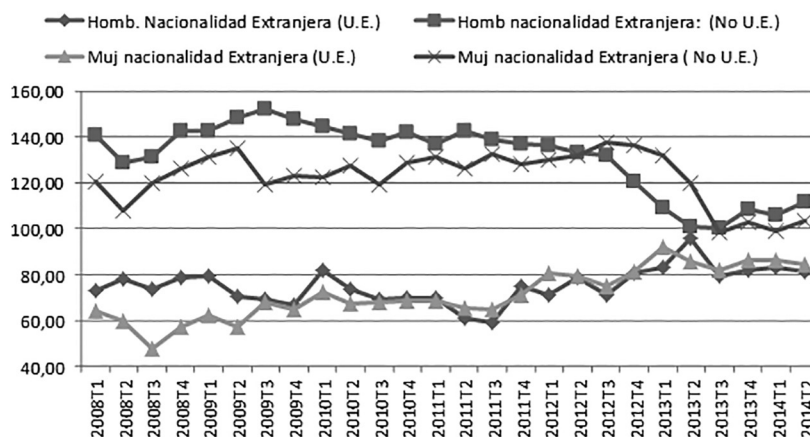
Población Activa. Andalucía 2008 T1 - 2014 T2. En miles



Fuente: EPA y elaboración propia

La tendencia decreciente de la oferta de trabajo masculino es el resultado de diversas causas. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha sido el factor que ha mantenido el crecimiento sostenido de la oferta de trabajo en Andalucía ya que la oferta de trabajo de los hombres ha mostrado una tendencia ligeramente decreciente desde 2009. Sin embargo, hay que señalar que a partir de 2012 el ritmo de crecimiento de la población activa femenina en Andalucía se ha frenado.

Total activos de nacionalidad extranjera. Andalucía 2008 T1 - 2014 T2. En miles



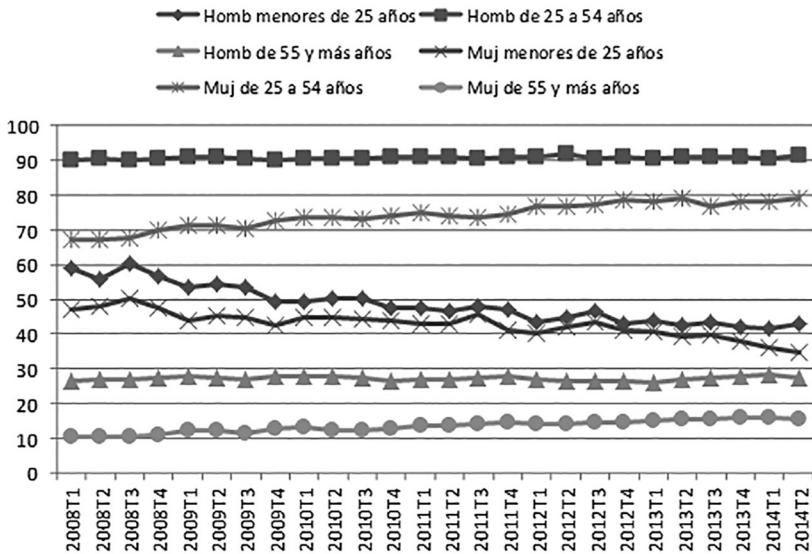
Fuente: EPA y elaboración propia

En lo que respecta a la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía según la nacionalidad de los trabajadores se puede señalar que hasta el año 2008, la presencia de trabajadores de nacionalidad extranjera no hizo más que crecer hasta que el estallido de la crisis económica estabilizó su cifra en torno a los 400.000 efectivos. A partir de 2008 la cifra de trabajadores extranjeros empieza a declinar de forma suave hasta 2013 cuando la reducción se convierte en un proceso significativo, estimándose en un total de 380.600 el número de extranjeros presentes en el mercado de trabajo de Andalucía en el segundo trimestre de 2014. Si se considera la evolución del número de trabajadores extranjeros cuya nacionalidad corresponde a países de la Unión Europea y la comparamos con la del número de extranjeros procedentes de países que no pertenecen a la U.E., observamos que la supremacía de estos últimos se ha visto reducida de forma acentuada a partir del segundo semestre de 2012, coincidiendo con la última fase recesiva del ciclo económico. La reducción intensa afectó en primer lugar a los varones y con cierto retardo a las mujeres. Por el contrario, la presencia de trabajadores de nacionalidad extranjera procedentes de países de

la U.E. se mantiene estable en el periodo con una tendencia creciente de forma continuada a partir de 2012.

La reducción general de la presencia de trabajadores de nacionalidad extranjera en Andalucía afecta a la tasa de actividad que se ha mantenido en valores ligeramente inferiores al 60% (58,72% en el segundo trimestre de 2014). La convergencia entre las tasa de actividad masculina y femenina se consolida y la diferencia entre ambas se estabiliza, situándose en 13,7 puntos en el segundo trimestre de 2014, cuando en el segundo trimestre de 2008 era de 31,69 puntos. El proceso de convergencia entre las tasa de actividad de hombres y mujeres en Andalucía se debe al crecimiento sostenido de la tasa de actividad de las mujeres de edad comprendida entre los 25 y los 54 años, que va acercándose de manera paulatina a la de los varones del mismo cohorte de edad (cuya tasa de actividad se mantiene en valores en el torno al 90% a lo largo de los años de la crisis económica). El grupo de trabajadores más jóvenes (menores de 25 años) no deja de ver reducida sus tasas de actividad tanto para hombres como para mujeres. Por el contrario, la tasa de actividad del grupo de edad de trabajadores de mayor edad (superiores a 55 años) experimenta un ligero aumento especialmente en el grupo de mujeres, lo que se puede explicar por un predominio del factor de trabajador añadido.

Tasa actividad según edad y sexo. Andalucía 2008 T1 - 2014 T2



Fuente: EPA y elaboración propia

LA DEMANDA DE TRABAJO

Como hemos señalado en epígrafe anterior relativo a la evolución de la actividad económica, a lo largo del primer semestre de 2014 ha continuado la tendencia de recuperación económica presente desde los últimos trimestres de 2013. El número de ocupados en Andalucía ha crecido en este semestre hasta alcanzar los 2.630.700 empleados. La tendencia creciente de la ocupación, si bien muy reducida en términos absolutos, se puede observar desde el último trimestre de 2012, por lo que se encadenarían 6 trimestres de ligero crecimiento del empleo en Andalucía. Los dos primeros trimestres de 2014 presentan tasas de variación interanual positivas en la ocupación andaluza lo que no ocurría desde 2008. Atendiendo al género de los ocupados, la EPA estima que en el segundo trimestre de 2014, el número de mujeres ocupadas en Andalucía era de 1.147.800 y de 1.482.900 el número de hombres ocupados. En este sentido parece que la destrucción de empleo ha tocado fondo y empezamos a encontrar un proceso de recuperación económica. Sin embargo, estas señales de recuperación tienen que matizarse en el contexto de un largo periodo de crisis que ha afectado de forma especialmente aguda a algunos grupos sociales.

Como se pone de manifiesto en la tabla adjunta, los jóvenes menores de 25 años son uno de los grupos de personas que han sufrido una pérdida más intensa en su presencia en el total de ocupados andaluces, pues los niveles de ocupación en el primer semestre de 2014 son aproximadamente de un tercio de los que se estimaban en 2008. Por el contrario, el grupo de personas mayores de 55 años se ha mantenido en niveles similares a lo largo del periodo de la crisis. El empleo tanto de trabajadores nacionales como de extranjeros parece que también se está recuperando. Son sin duda los asalariados del sector privado, y especialmente los asalariados con contrato temporal, los que más duramente han experimentado el ajuste del empleo. Otro hecho relevante que pone de manifiesto la tabla es que el empleo a tiempo parcial está aumentando de forma sistemática a lo largo de todo el periodo de crisis. Estas tendencias se pueden interpretar como una señal de que las relaciones laborales en Andalucía, y en general en el mercado de trabajo español, están experimentando un cambio significativo hacia empleos más precarios pues este tipo de contrato ha aumentado mientras que el de jornada a tiempo completo cae de forma significativa entre 2010 y 2013. Serían ambos indicadores de que la recuperación del empleo se está produciendo con categorías de menor *calidad*.

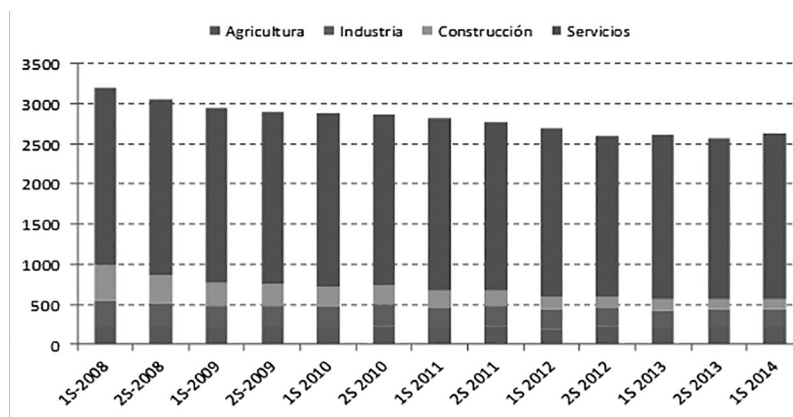
Ocupados en Andalucía según sexo, edad, nacionalidad, situación profesional, tipo de contrato, jornada laboral y sector económico

Ocupados en miles	MEDIA	MEDIA	MEDIA	MEDIA	MEDIA	MEDIA	2014	2014
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	I TRIM	II TRIM
Ambos sexos	3160,7	2932,2	2874,0	2798,0	2655,5	2571,5	2612,7	2630,7
Hombres	1900,8	1707,9	1647,8	1602,4	1482,3	1440,3	1465,5	1482,9
Mujeres	1259,9	1224,3	1226,2	1195,6	1173,1	1131,2	1147,2	1147,8
MENORES 25	341,3	243,8	210,7	182,7	141,1	118,2	120,6	121,6
MAYORES 55	305,7	311,2	314,2	321,9	308,7	316,8	336,6	334,6
ESPAÑOLA	2862,3	2650,8	2607,7	2550,0	2400,9	2340,7	2377,2	2399,1
EXTRANJERA	298,4	281,4	266,3	247,9	254,6	230,8	235,4	231,5
Trabajador por cuenta propia	565,9	533,5	493,2	469,5	477,3	487,3	476,0	490,5
Asalariados : Total	2593,2	2397,3	2379,5	2327,3	2177,8	2084,0	2136,2	2137,2
Asalariado sector público	524,8	560,6	582,7	576,3	547,5	514,0	507,4	506,6
Asalariado sector privado	2068,4	1836,7	1796,8	1751,0	1630,3	1570,0	1628,8	1630,7
Asal. Indefinidos	1544,7	1530,5	1560,2	1534,7	1473,5	1429,0	1407,5	1413,7
Asal. Temporal	1048,5	866,9	819,3	792,7	704,3	655,0	728,6	723,6
Jornada a tiempo completo	2764,4	2527,2	2460,7	2384,4	2224,7	2124,3	2152,2	2137,8
Jornada a tiempo parcial	396,2	405,0	413,2	413,5	430,8	447,2	460,4	492,8
Ocup. Agricultura	219,9	216,8	224,7	214,8	201,8	195,4	288,9	214,4
Ocup. Industria	318,3	277,1	260,8	253,8	238,2	220,4	212,5	223,0
Ocup. Construcción	418,5	280,1	245,9	209,7	157,2	134,7	127,6	134,1
Ocup. Servicios	2204,1	2158,1	2142,5	2119,6	2058,3	2021,0	1983,7	2059,2

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa

En lo que respecta a la estructura de la ocupación en Andalucía, atendiendo al criterio de la estructura productiva, observamos en el primer semestre de 2014 gran variabilidad en el empleo agrícola, estabilización en el sector industrial, ligero crecimiento en el sector servicios y un repunte en el sector de la construcción en el segundo trimestre de 2014, lo que puede relacionarse con las informaciones de diversas fuentes que señalan la reactividad del mercado inmobiliario, una vez que ya han pasado 7 años desde el estallido de la burbuja inmobiliaria.

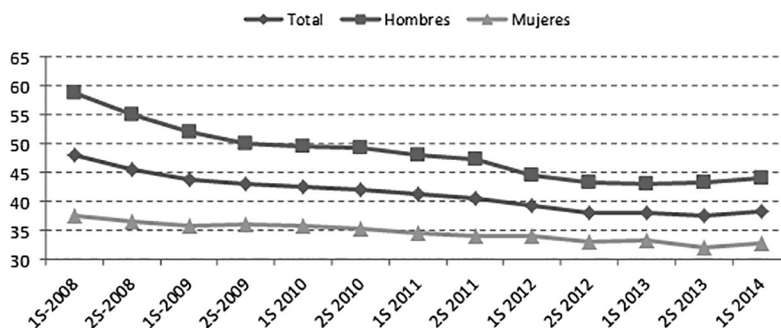
Ocupados por sector económico. Andalucía 1S 2008 - 1S 2014. En miles



Fuente: EPA y elaboración propia

En el primer semestre de 2008 la ocupación en el sector de la construcción representaba el 13,81% del total de los empleados en Andalucía. Seis años después, en el primer semestre de 2014, el peso del sector se ha reducido al 5,10%, lo que significa una caída de 8,51 puntos. Por el contrario, sector de los servicios ha pasado, en ese mismo periodo de tiempo, de representar el 69,02% al 78,28%, o sea casi diez puntos más. La destrucción de empleo en el sector de la construcción ha venido acompañada por una ligera caída (si la comparamos con las variaciones anteriores), en el peso del empleo industrial andaluz, el cual ha pasado de representar el 10,27% en el primer semestre de 2008 al 8,48% en el mismo semestre de 2014. La caída paulatina del empleo industrial es uno de los efectos más destacados y dañinos que la crisis económica ha tenido para el tejido productivo andaluz, pues el sector industrial esta tradicionalmente asociado a un empleo de mayor calidad. Además, la pérdida de músculo en el empleo industrial de Andalucía condicionará la posición de la economía andaluza en el periodo de recuperación económica que se apunta según los datos macroeconómicos a los que nos hemos referido anteriormente. Por el contrario, el sector de los servicios es el que menos empleo ha perdido a lo largo del periodo de la crisis. Entre el primer semestre de 2008 y de 2014 el sector servicios ha perdido 146.400 ocupados, lo que representa una caída del 6,64% (en el mismo periodo el sector de la construcción pierde 307.200 ocupados o sea un 69,61% del empleo del sector en el primer semestre de 2008).

Tasas de empleo. Andalucía 1S 2008 - 1S 2014



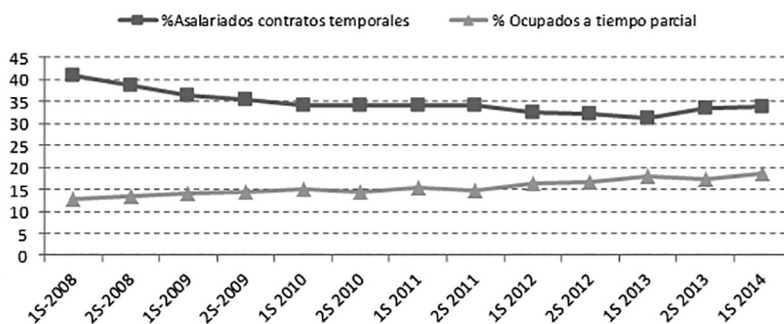
Fuente: EPA y elaboración propia

Otro indicador que señala el impacto de la crisis económica es la evolución de la tasa de empleo que en Andalucía ha perdido 9,61 puntos entre el primer semestre de 2008 y el mismo semestre de 2014. La caída del empleo ha sido más intensa entre los hombres cuya tasa de empleo ha perdido 14,6 puntos, mientras que la tasa de empleo femenina ha caído en sólo 4,74 puntos. En el gráfico se puede observar que se apunta un recuperación de las tasa de empleo a partir de 2013, sin embargo, falta aún perspectiva para valorar la solidez de esta evolución que se apunta.

El ligero repunte de la tasa de empleo global, y en términos generales del empleo en Andalucía, puede verse de forma complementaria si se tiene en cuenta que el tipo de ocupación se ha precarizado a lo largo de la crisis económica. Dos indicadores de la pérdida de calidad del empleo en Andalucía pueden señalarse de forma significativa. Por un lado la evolución de la presencia de asalariados con contratos temporales que en términos porcentuales muestra una caída a lo largo de los primeros años de la crisis como consecuencia de que es este colectivo de asalariados el que está perdiendo el empleo y por tanto es el que ajusta en un primer momento el empleo a la caída de la demanda de los primeros años. A partir de los últimos trimestres considerados presenta un repunte que refleja que la actividad económica se ha recuperado y comienza el crecimiento de este tipo de asalariados. Frente a una evolución pro-cíclica del porcentaje de asalariados con contrato de duración temporal, el porcentaje de ocupados con contratos a tiempo parcial no ha hecho más que crecer a lo largo del mismo periodo. Si este porcentaje representa en torno al 25% en el caso de las mujeres, porcentaje que a partir de 2012 crece hasta un 30% del total de las ocupadas, entre los hombres este tipo de ocupación crece de forma sostenida lo largo del periodo desde un 4,2% en el primer semestre de 2008 hasta un 9,2% en el primer semestre de 2014. Ambos indicadores señalan que

el empleo que se está creando en los últimos semestres tiene características de mayor precariedad y por tanto, menor calidad que el de antes del estallido de la crisis económica.

Asalariados contrato temporal y ocupados a tiempo parcial. Andalucía 1S 2008 - 1S 2014



Fuente: EPA y elaboración propia

DESEMPLEO

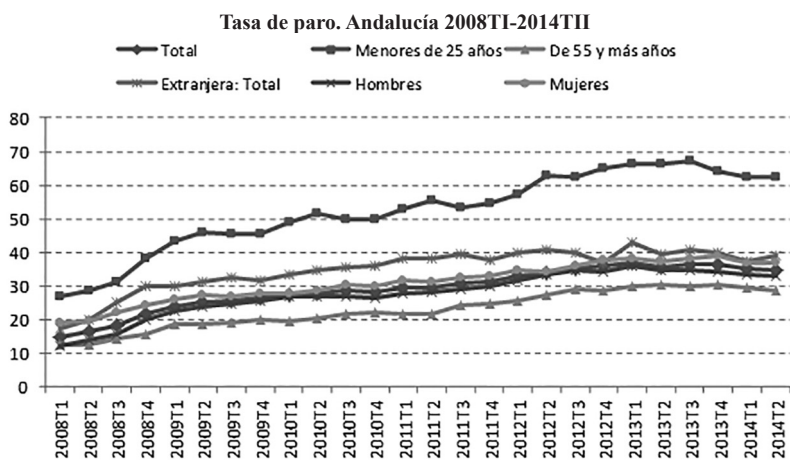
Como hemos señalado al comienzo del análisis del mercado de trabajo en Andalucía, la actividad económica en el primer semestre de 2014 ha presentado una evolución favorable que se ha traducido en una mejora de los niveles de empleo como hemos señalado en el epígrafe anterior. Según la EPA del segundo trimestre de 2014, el total de desempleados en Andalucía era de 1.400.300 personas, 46.900 menos que en el mismo trimestre de 2013. De la cifra total de desempleados, 727.700 eran varones y 672.600 mujeres. La tasa de paro media de Andalucía se situaba en el 34,74%, ocho puntos superior a la media nacional. Si bien, en términos absolutos, hay un mayor número de desempleados varones, en términos de tasa de paro, el mayor la que corresponde a las mujeres (36,95% frente 32,74%). Se observa que, desde 2013, la tasa media de paro en Andalucía ha dejado de crecer y muestra una tendencia decreciente, más acusada entre los varones, cuya tasa de paro ha bajado en 1,63 puntos porcentuales con respecto al segundo trimestre de 2013, que entre las mujeres (0,07 puntos porcentuales). Se empieza a abrir la brecha de tasa de paro entre ambos grupos sociales que en el periodo de crisis anterior se había reducido las diferencias entre ambas tasas de paro.

Desempleados en Andalucía según sexo, edad, nacionalidad, Andalucía 2008-2014 T2								
	Media 2008	Media 2009	Media 2010	Media 2011	Media 2012	Media 2013	2014 T1	2014 T2
Parados (miles)	681,28	990,20	1105,03	1206,50	1389,68	1460,55	1403,40	1400,30
Tasa Paro (%)	17,70	25,25	27,77	30,13	34,35	36,22	34,94	34,74
Hombre (miles)	342,30	540,85	600,05	644,58	744,08	767,93	734,50	727,70
T. Paro masculina (%)	15,25	24,06	26,69	28,69	33,42	34,78	33,39	32,92
Mujeres (miles)	338,98	449,33	504,98	561,93	645,60	692,65	668,80	672,60
T. Paro Femenina (%)	21,16	26,84	29,17	31,97	35,49	37,98	36,83	36,95
Menores 25 años (miles)	154,1	199,77	209,85	215,17	229,65	229,15	202,00	200,90
Mayores 55 años (miles)	48,58	72,93	82,23	96,23	117,60	135,60	141,00	134,30
Tasa paro españoles (%)	17,12	24,55	26,97	29,21	33,79	35,74	34,72	34,28
Tasa paro extranjeros (%)	22,94	31,24	34,83	38,34	39,23	40,68	37,08	39,17

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa

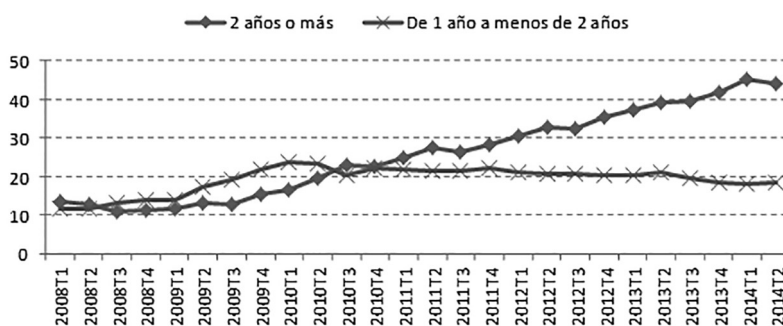
Si observamos la evolución del desempleo según los grupos de edad se observa la caída del desempleo tanto en los trabajadores más jóvenes como para los mayores de 55 años.

Una visión panorámica de la evolución de las tasa de paro según sexo, edad de los trabajadores y nacionalidad podemos observar que, en general, se ha detenido la tendencia creciente de las tasas de paro y se observa una cierta reducción de las tasas de paro en los últimos trimestres, especialmente acentuado entre los menores de 25 años.



Como se observa en el gráfico, la tasa de paro más elevada en Andalucía se encuentra entre los trabajadores más jóvenes, lo menores de 25 años. El desempleo juvenil en España es uno de los más elevados entre todos los países europeos, pero es también muy grave el desempleo de personas mayores, porque éste tiende a convertirse en desempleo estructural. Como se observa en la evolución de los desempleados que en Andalucía llevan más de dos años desempleados. En el segundo trimestre de 2014, el 44,3% de los desempleados de Andalucía llevaban dos años o más tiempo buscando empleo, en el segundo trimestre de 2008 este mismo porcentaje era del 13,5%.

Desempleados por tiempo de búsqueda de empleo. Andalucía 2008-2012 T2. En miles



Fuente: EPA y elaboración propia

En los próximos trimestres, se puede esperar que el número de desempleado se reduzca paulatinamente, como indica la información disponible sobre paro registrado que ofrece el Servicio Público de Empleo y que se puede considerar un indicador adelantado de la Encuesta de Población Activa de los próximos trimestres. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la reducción del desempleo que a todos interesa es la que se fundamenta en un aumento del nivel de empleo, no por una reducción de la población activa. Debemos esperar a los próximos trimestres para confirmar que la recuperación económica se traduce en un aumento del empleo resultado que necesita la economía andaluza y en conjunto, la sociedad española.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Primer Semestre de 2014

	Unidad	Periodo	ESPAÑA		ANDALUCÍA	
			Dato	VA ^(*)	Dato	VA ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO						
Población activa	Miles	1 ^{er} Sem. 14	22.929,9	-0,8	4.023,5	0,1
Tasa de actividad	Porcentaje	1 ^{er} Sem. 14	59,9	-0,4	58,7	0,0
Hombres	65,7	-0,7	65,6	-0,1
Mujeres	53,7	-0,1	51,9	-0,1
16-19 años	14,2	-3,0	13,9	-4,2
20-24 años	57,4	-2,5	56,8	-0,4
25-54 años	87,3	0,2	85,0	0,6
Más de 55 años	22,8	0,1	21,2	0,2
Ocupados	Miles	1 ^{er} Sem. 14	17.151,8	-0,2	2.621,7	2,2
Agricultura	774,2	4,9	251,7	31,9
Industria	2.327,0	-0,7	217,8	0,1
Construcción	960,6	-4,8	130,9	-3,3
Servicios	13.090,1	0,0	2.021,5	0,0
Asalariados del sector público	..	1 ^{er} Sem. 14	2.925,0	0,0	507,0	-2,3
Asalariados temporales	..	1 ^{er} Sem. 14	3.325,8	-1,2	726,1	9,1
Parados encuestados	..	1 ^{er} Sem. 14	5.778,1	-2,7	1.433,0	-1,6
Hombres	3.024,4	-3,5	743,4	-2,2
Mujeres	2.753,7	-1,8	689,6	-1,0
Tasa de paro	Porcentaje	1 ^{er} Sem. 14	25,2	-0,5	34,8	-1,4
Hombres	24,5	-0,6	33,2	-1,7
Mujeres	26,0	-0,4	36,9	-1,5
16-19 años	70,3	-3,4	73,9	-4,7
20-24 años	51,4	0,9	60,4	-2,3
25-54 años	23,6	-0,5	32,9	-1,1
Más de 55 años	19,7	0,4	29,1	-0,9
Parados de larga duración	3.575,6	1,0	882,9	1,3
Parados registrados	Miles	Dic-13				
II. CONDICIONES DE TRABAJO						
Salario mínimo	€/mes	2 ^o Trim. 14	645,30	0,0	-	-
Coste laboral por trabajador	€/mes	2 ^o Trim. 14	2.580,64	4,3	2.357,41	7,2
Industria	3.094,71	5,4	2.884,37	6,4
Construcción	2.803,11	9,0	2.555,14	5,5
Servicios	2.468,87	3,8	2.275,94	7,5
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2 ^o Trim. 14	131,2	-2,7	131,1	0,1
III. REGULACIÓN DE EMPLEO						
Expedientes	Total	ene-jul 2014				
Trabajadores	105.807	-60,0	10.510	-42,5
Extinción de empleo	22.646	-54,1	2.103	-56,9
Suspensión de empleo	60.614	-63,1	3.863	-45,1
Reducción de jornada	22.547	-58,3	4.544	-28,7
IV. CONFLICTOS LABORALES						
Huelgas	Total	dic. 13	94	-11,3	-	-
Participantes	Miles	..	22,1	-28,2	-	-
Jornadas no trabajadas	55,6	-65,7	-	-
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS						
Crecimiento económico	Porcentaje	2 ^o Trim. 14	0,6	0,4	-	-
Inflación	Porcentaje	Sept-2014	-0,2	0,2	-	-
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	Sept-2014	0,43	0,49	-	-

(*) VA = Variación con respecto al semestre anterior.

Comentarios de Jurisprudencia

AUSENCIA DE CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN UN TRASLADO COLECTIVO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 12 de febrero de 2014

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: CC.OO y el Comité Intercentros de la empresa Schindler, S.A. presentaron demanda de conflicto colectivo contra la misma, ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, solicitando que se declare que la decisión empresarial consistente en efectuar traslados mediante notificación individual, es nula de pleno derecho por no haberse observado un periodo de consultas previo con la representación legal o sindical de los trabajadores¹, al entender la parte demandante que se estaba en presencia de un traslado “colectivo”.

La Audiencia Nacional dicta Sentencia absolviendo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra.

CC.OO interpuso recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, que el Tribunal Supremo estima².

RESUMEN: La cuestión esencial sobre la que se basan ambas Sentencias –la de la Audiencia Nacional y la del Tribunal Supremo– es determinar el criterio de cómputo a los efectos de decidir sobre la dimensión colectiva o individual del traslado de 84 trabajadores, con cambio de residencia a diferentes centros de trabajo, diseminados por la geografía nacional y en consecuencia, la necesidad o no de que la empresa, antes de tomar su decisión deba o no someter la medida a consulta con los representantes de los trabajadores.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2011.

² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

ÍNDICE

1. CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LA TIPOLOGÍA DE TRASLADO
2. LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

1. CRITERIOS PARA DIFERENCIAR LA TIPOLOGÍA DE TRASLADO

Son los criterios utilizados en el Estatuto de los Trabajadores³ -art. 40- los que marcan las diferencias entre los tipos de traslado. Concretamente son tres estos criterios y la concurrencia o no de los mismos permite calificar el traslado como “colectivo” o como “individual”.

El primero de los criterios es el numérico, al fijarse la cantidad o, en su caso, el correspondiente porcentaje de trabajadores que deben verse afectados. El segundo, el dimensional, al tenerse en cuenta el volumen de la empresa o el del centro de trabajo en relación al número de trabajadores que ocupan. Y el tercero, de carácter temporal, 90 días⁴.

El primero, el del número de trabajadores, la norma es clara y concisa en su redacción: “El traslado a que se refiere el apartado anterior.....(va a establecer ahora cuando se considera “colectivo”) cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo.....comprenda a un mínimo de trabajadores de, al menos: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”. Art. 40.2 ET.

El tercero, el temporal, también está definido de forma concreta en la norma: “en un periodo de noventa días”. Art. 40.2 ET.

Es el segundo criterio, el dimensional, el que centrará la mayor parte de este apartado.

Considera algún sector doctrinal⁵ que el ET mezcla las referencias al centro de trabajo y a la empresa como módulos de determinación del número o porcentaje de traslados, considerándose ante ello, que debe entenderse siempre referido al centro de trabajo, en el supuesto de que exista tal, y siempre que afecte a la totalidad del mismo, caso de ocupar éste seis o más trabajadores.

La cuestión no parece tan clara en lo referente a los traslados colectivos

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET.

⁴ M. D.: *La movilidad geográfica. Un análisis teórico jurisprudencial*. Editorial Comares. Granada 2002. Págs. 57 y ss.

⁵ Por todos, M.D.: *La movilidad geográfica.....op. cit.* Pág. 58.

que no afectan a la totalidad del centro de trabajo. Así, a favor del concepto de empresa como módulo de determinación de factor dimensional podemos traer a colación el argumento de la interpretación literal del art. 40.2 ET, según el cual, el número de afectados por un traslado debería relacionarse con el total de trabajadores que tenga la empresa y no con el centro de trabajo en donde tales traslados se produzcan⁶.

Tampoco faltan argumentos que permitan sostener la posición contraria, tomando como concepto de apoyo diferenciador el centro de trabajo, ya que ofrece una mayor agilización de la gestión de los recursos humanos mediante un ejercicio más flexible de los poderes empresariales modificativos. “En efecto, si se toma como referencia la empresa y no el centro de trabajo se estaría facilitando al empresario que pueda ordenar un mayor número de traslados individuales sin tener, por tanto, que negociar con los representantes de los trabajadores”⁷.

Señaladas las dos posturas doctrinales al respecto, curiosamente en el caso que nos ocupa, también se encuentran ambas. Por un lado, la Sentencia de la Audiencia Nacional⁸, dictada en procedimiento de conflicto colectivo en el tema que tratamos y recurrida posteriormente ante el Tribunal Supremo⁹ -que es la Sentencia que comentamos- se decanta por el centro de trabajo como factor dimensional para el cómputo de trabajadores: “Es evidente que al establecerse como criterio diferenciador al centro de trabajo, se obtienen mejores garantías por los trabajadores en la medida en que el tope máximo de trabajadores afectados, para calificar una decisión empresarial de afectación colectiva, se alcanza mucho antes considerando solamente a los 178 trabajadores del centro de trabajo de Santander, que sumando los 697 trabajadores que conforman la plantilla de los 19 centros de trabajo que posee la empresa demandada”¹⁰.

Varios hechos llaman la atención al respecto de esta Sentencia: 1º) Este Fundamento de Derecho que se ha señalado –Tercero- es copia literal de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2010, siquiera el Tribunal modifica los datos de la empresa que es demandada, manteniendo datos de trabajadores y centros de trabajo, que no concuerdan con la empresa en litigio. Los traslados han sido 84 y la empresa tiene una plantilla aproximada de 2700 trabajadores y no han sido trasladados de un solo centro

⁶ °, D.: *La movilidad geográfica y funcional y la reducción de jornada tras la reforma laboral de 2012. Procedimientos específicos*. Editorial Bomarzo. Albacete 2012. Pág. 49.

⁷ °. *La movilidad geográfica*.....op. cit. Págs. 49 y 50.

⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2011.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2011. Fundamento de Derecho Tercero.

de trabajo; 2º) “Si se tomara en consideración la empresa en su totalidad, se estaría facultando al empresario, para acordar una mayor cantidad de traslados individuales sin tener que negociar con los representantes de los trabajadores, con el fin de establecer un adecuado control de la justificación de la medida y de evitar decisiones arbitrarias del empleador”¹¹. Ciertamente es que choca este argumento: así en el supuesto que no altera la Audiencia Nacional, donde son trasladados 178 trabajadores, de un total de casi 700, y parece que de un solo centro de trabajo, aunque no aclara si se trata de la totalidad o no de tales trabajadores del centro, entendemos que se está en presencia de un traslado colectivo, donde el factor dimensional por el que se ha optado es el centro de trabajo. En el caso de tener como opción dimensional la empresa, como en la Sentencia del Tribunal Supremo: son 84 trabajadores los trasladados de varios centros de trabajo, con una plantilla de 2700, es claro que en ningún caso estamos ante traslados individuales, sino ante traslados colectivos que requieren el procedimiento de la consulta con los representantes de los trabajadores, que es justamente lo que se demanda por inexistente y la Audiencia Nacional no repara en ello.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, entiende que el referente numérico hace alusión a la totalidad de la plantilla de la empresa, no a quienes presten sus servicios en el centro de trabajo concreto al que afecten los traslados. De la misma forma que la Ley – art. 40.2 ET- quiere que tengan carácter “individual” (sin periodo de consultas: *ius variandi* puro) las decisiones empresariales de traslado cuando afecten a centros de trabajo que ocupen a 5 o menos de 5 trabajadores, así también ha querido la Ley mantener una cierta relación de proporcionalidad parangonable cuando, sin afectar los traslados a la totalidad de un centro de trabajo, la movilidad alcance a un número significativo de trabajadores, no en relación a los destinados en ese centro sino a la totalidad de los empleados en la empresa¹².

A los efectos que interesan para la resolución de este litigio¹³, visto que el traslado no parece haber afectado a todo un centro de trabajo que ocupara a 5 o menos de 5 trabajadores, en cuyo caso no sería necesario un periodo de consultas, el parámetro numérico de trabajadores a tomar en consideración, en el incuestionado periodo de 90 días, es el de la totalidad de los trabajadores empleados por la empresa. Así, ocupando la empleadora a muchos más de 300 (2700 aproximadamente) y afectando el traslado a bastantes más de los 30 a los que alude el art. 40.2 ET (afecta a 84), estamos ante una decisión de traslado de carácter colectivo que requerirá necesariamente del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, que la empleadora ha obviado.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 2011.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

2. LA CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Establece el art. 40.2 ET: “El traslado a que se refiere el apartado anterior deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días, cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo.....”.

Varias son las cuestiones que debemos analizar en este apartado: a) cuándo corresponde la consulta; b) qué tiempo dura la consulta; c) a quién o a quiénes se consulta y d) qué se lleva a cabo cuando finaliza la consulta.

a) Procederá el periodo de consultas cuando la medida de traslado afecte al menos a 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores, cuando afecte al 10% en las empresas que ocupen entre 100 y 300, y cuando se refiera a 30 o más trabajadores en las empresas que ocupen a 300 o más trabajadores; además, si el traslado afecta a la totalidad de los trabajadores del centro y éste ocupa a más de 5 trabajadores, también procede el periodo de consultas¹⁴.

Nos encontramos en una empresa que ocupa aproximadamente 2700 trabajadores (más de 300) y que afecta la decisión de traslado a 84 de los mismos (más de 30). Por tanto, no cabe duda alguna que nos encontramos en un traslado de carácter “colectivo” y como tal debe ir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, así exactamente lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo: “Es evidente que ocupando la empleadora a más de 300 trabajadores (2700 aproximadamente) y afectando el traslado a bastantes más de 30 a los que alude el art. 40.2 ET (afecta a 84) nos hallamos ante una decisión de carácter colectivo que requerirá necesariamente del periodo de consultas que la empleadora ha obviado”¹⁵.

b) El periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días. Art. 40.2 ET. Es el art. 4 del R.D.Ley 10/2010¹⁶, el que se dedica¹⁷ a modificar el art. 40 del ET. En concreto introduce una nueva redacción en el apartado 2 de dicho precepto: pasa de ser un mínimo de quince días a un máximo de quince días improrrogables. Parece que con esta fórmula el legislador no ha querido ni siquiera dejar abierta la posibilidad de una prolongación en las negociaciones, pues de haber deseado esta opción, hubiera utilizado otra redacción más

¹⁴ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 53.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

¹⁶ Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE de 17 de junio de 2010.

¹⁷ Sempere Navarro, A. V. y Martín Jiménez, R.: *La Reforma Laboral de 2010*. Aranzadi-Thomson Reuters. Navarra 2010. Pág. 286.

flexible. Como señala la doctrina¹⁸, mayor intensidad aun que las competencias consultivas recogidas en el art. 64 ET, tienen otras previstas en el propio Estatuto, establecidas en clave de consultas “con vistas a alcanzar un acuerdo: entre otras, traslados (art. 40)”. Pudiera pues ser esta la razón del tiempo tan taxativo para las consultas, con el fin de evitar demora y reuniones que al final queden en nada y quizás con un apremio de tiempo, las partes sientan la necesidad de tener que centrarse en lo que realmente deba llegar a acordarse.

Dispone la Sentencia que comentamos –y pensamos que es un error en la transcripción- que “el traslado deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no inferior a quince días”¹⁹. Y decimos que creemos que es un error de transcripción, porque el propio Magistrado establece que “los preceptos del ET que resultan de aplicación al caso son los vigentes antes de las reformas operadas por las Leyes 3/2012 y 11/2013, esto es en la redacción que les otorgó el R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”. Antes de estas reformas señaladas el precepto disponía: “de una duración no superior a quince días” (fue la reforma de 2010). Es más señala el ponente, “redacción inmodificada por las Leyes 3/2012 y 11/2013”. Por ello pensamos que es un error involuntario, de lo contrario, nuestros tribunales estarían utilizando una legislación obsoleta.

c) Establece, como ya hemos repetido en varias ocasiones, el art. 40.2 ET: “El traslado.....deberá ir precedido de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores.....”. Y posteriormente dispone que “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”.

Dos parecen ser las alusiones a estos interlocutores y dos alusiones un tanto diferentes. Establece en un primer momento el ET que la consulta se hará a los representantes legales de los trabajadores, que comúnmente siempre se ha entendido como comité de empresa o delegados de personal. Es más, siempre que la norma ha querido que intervenga la representación sindical, a esta representación no le llama legal, la califica de “sindical” y eso es lo que hace precisamente en este precepto al establecer como interlocutores a las secciones sindicales.

Las secciones sindicales, agrupan a la totalidad de los trabajadores afiliados a un sindicato dentro de la empresa o centro de trabajo. La constitución de la sección sindical corresponde, pues, a los afiliados²⁰ y por tanto no es una agrupación representativa de todos los trabajadores.

¹⁸ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2013. Pág. 496.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

²⁰ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho.....op. cit.* Pág. 507.

Choca pues, que una consulta que está afectando a todos los trabajadores, independientemente de afiliación o no, sea asignada en primer lugar a una representación podríamos llamar parcial de los trabajadores- Esto no es más que la sindicalización que ha existido y existirá de la representación unitaria.

Es cierto que para que las secciones sindicales sean interlocutores tienen que representar al menos a la mayoría de los representantes colectivos o unitarios. Quizá se podría haber obviado esto, pues si realmente acuden a la consulta las representaciones unitarias, ya no haría falta siquiera ese condicionamiento, pues en la unitaria están todos representados y además están presentes las fuerzas sindicales.

En la Sentencia, no se entra en la valoración de si debió ser una u otra representación la que actuase como interlocutor en la consulta. Es el Comité Intercentros quien ejerce como tal: “en dicho Comité Intercentros descansa la representatividad legal de los trabajadores de Schindler, S.A.”²¹.

d) La doctrina²² y la jurisprudencia²³ se ponen de acuerdo para declarar nula la decisión adoptada por la Audiencia Nacional que elude las normas relativas al periodo de consultas. Establece la Sentencia “declarar nula la decisión empresarial por no haber siquiera intentado la iniciación del periodo de consultas previas con la representación legal de los trabajadores en la empresa... ..y que reintegre a los trabajadores afectados por el conflicto en los puestos que tenían con anterioridad a la realización de los traslados”²⁴. Estos traslados podían haber sido efectuados, tal y como quería la empresa, con el simple cumplimiento del llevar a cabo un periodo de consultas, pues una vez que éste hubiera finalizado, el empresario debería informar a los trabajadores y a sus representantes sobre su decisión²⁵, ya que la conclusión sin acuerdo de las consultas no impide al empresario poner en práctica su decisión final sobre las medidas que se propone adoptar²⁶.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

²² García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R.: *La aplicación práctica de la reforma laboral. Un estudio de Ley 3/2012 y de los Reales Decretos –Leyes 4/2013 y 5/2013*. Lex Nova-Thomson Reuters. Valladolid 2013. Pág. 158.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2014.

²⁵ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho*op. cit. Pág. 345.

²⁶ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los*op. cit. Pág. 54..

**LA CIEGA APLICACIÓN DE LA TASA DE REPOSICIÓN
AL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE
UNIVERSIDADES PÚBLICAS**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala
de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 2014*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO:** La cuestión objeto de controversia es la interpretación y aplicación de la normativa estatal sobre restricción del acceso al empleo público al personal docente e investigador (en adelante PDI) de universidades públicas. Los hechos se producen bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, cuyo art. 3 congela el empleo público en el sentido de que no permite “la incorporación de nuevo personal” al servicio de las administraciones públicas durante el ejercicio 2012, previsión mantenida en las leyes de presupuestos para 2012, 2013 y 2014, con algunas modificaciones. No obstante, y bajo el condicionamiento de respetar, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación citada contempla algunos sectores y administraciones públicas a los que de manera excepcional se les permite una tasa de reposición del diez por ciento.

RESUMEN: La sentencia estima el recurso contencioso-administrativo del Abogado del Estado, declarando nulas las convocatorias y los correspondientes nombramientos por superación de la tasa de reposición del diez por ciento impuesta por la normativa para el personal de nuevo ingreso, sin que se acoja la alegación de los recurridos de que dichas plazas no deben computar en la citada tasa al tratarse de promoción profesional de un personal que no es de nuevo ingreso en la universidad y que, por tanto, no supone ningún incremento de efectivos para la administración pública. Tampoco considera la sentencia que la limitación del empleo público viole la autonomía universitaria reconocida en el art. 27.10 de la Constitución española, porque este derecho queda sometido a los términos que la ley establezca y la legislación básica del Estado no puede dejar de ser aplicada.

* Profesora C. Doctora y Titular de Universidad acreditada de Dº del Trabajo y de la Seguridad Social.

** El calificativo de “ciega aplicación” de la tasa de reposición referida al personal docente e investigador de universidades públicas, se toma de C. A. Amoedo Souto y A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 157, 2013, p. 252.

ÍNDICE

1. AMBIGÜIDADES DE LA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A PLAZAS DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES
 - 1.1. Discutida aplicación de las medidas restrictivas del empleo público del Real Decreto-Ley 20/2011 a las universidades públicas
 - 1.2. Aplicación retroactiva de la Ley 2/2012, de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012
 - 1.3. Objetivo: reducir gasto público
2. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO TASA DE REPOSICIÓN Y SU FALTA DE ADAPTACIÓN AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS UNIVERSIDADES
 - 2.1. Plazas vacantes o plazas de nueva creación
 - 2.2. Doctrina del Tribunal Supremo
 - 2.3. La falta de adaptación del concepto “tasa de reposición” a las plazas de personal docente e investigador de universidades
3. INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ACCESO AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES

1. AMBIGÜIDADES DE LA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A PLAZAS DE PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES¹

1.1. Discutida aplicación de las medidas restrictivas del empleo público del Real Decreto-Ley 20/2011 a las universidades públicas

Tanto la universidad demandada como el PDI personado que había obtenido las plazas de profesor titular de universidad impugnadas, sostienen que las universidades no están contempladas en el art. 3.1 del Real Decreto-ley 20/2011, ya que la determinación de lo que se ha de entender por “el sector público” se contiene en el artículo 2.Uno de la citada norma -que incluye a la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia, así como a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia-, y en dicho precepto se recoge expresamente que tal determinación de lo que constituye el sector público lo es “a efectos de lo establecido en el presente artículo”, relativo a las “retribuciones

¹ La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra las resoluciones de 23 de mayo y 20 de junio de 2012 dictadas por la Universidad de Cádiz, por las que se convoca concurso de acceso a plazas de cuerpos docentes universitarios, así como contra la resolución de 1 de junio de 2012, conjunta de la Universidad de Cádiz y del Servicio Andaluz de Salud, por la que se convoca concurso de acceso a plazas vinculadas de cuerpos docentes universitarios, ampliado por auto de 21 de marzo de 2013 a las resoluciones de 19 de noviembre de 2012 de la Universidad de Cádiz, por las que se nombran seis Profesores Titulares de Universidad, habiéndose personado éstos en los autos.

del personal y altos cargos del sector público”, y no a los efectos del art. 3 que recoge la congelación del empleo público.

Este argumento les lleva a sostener, por tanto, que la congelación del empleo público no afecta a las universidades, las cuales pueden convocar plazas de personal docente e investigador², en el ejercicio de su autonomía universitaria, conforme a sus estatutos³.

Para la Sala, el hecho de que la determinación de lo que se deba entender por “sector público” se establezca exclusivamente a los efectos del precepto que lo recoge -art.2- relativo a las retribuciones del personal y altos cargos del sector público, “sin embargo, no por ello el art. 3.1 relativo a la oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal es aplicable exclusivamente a la Administración General del Estado”, a lo que se añade que “el apartado Seis de dicho precepto se dice que los apartados Uno, Dos y Cinco de este artículo tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.13^a y 156.1 de la Constitución” (FD 3), argumentos que ya sostuvo la misma Sala al resolver un recurso de apelación sobre impugnación de convocatoria de plaza de catedrático de universidad por la Universidad de Córdoba⁴.

Es decir, se entiende que la congelación del empleo público sí se aplica al personal docente e investigador de las universidades porque los apartados Uno, Dos y Cinco⁵ del discutido art. 3 tienen carácter básico⁶. El concepto de legislación básica ha sido analizado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional, sin que lo podamos abordar en este lugar, pero sí al menos de manera sintética se puede recordar que deriva del reparto de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los supuestos en

² Art. 27.10 de la constitución española, y art. 2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cuyo apartado 1 establece que Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas y, en su apartado 2.i) incluye como contenido de dicha autonomía universitaria “El establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo”.

³ Art. 62.1 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, conforme al cual “Las universidades, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, convocarán concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios que estén dotadas en el estado de gastos de su presupuesto”.

⁴ Sentencia de 30 de enero de 2014, recurso de apelación 472/2013.

⁵ El apartado Cinco fue incluido en la corrección de errores publicada en el BOE número 8 de de 10 de enero de 2012.

⁶ Dichos apartados contienen como medidas para el ejercicio 2012, no proceder “a la “incorporación de nuevo personal” (Uno); no proceder a “la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales (Dos); y la no aplicación de estas medidas a los sectores y administraciones públicas que se relacionan, en los que la tasa de reposición se fija en el diez por ciento (Cinco).

los que la Constitución española (CE) atribuye al primero la legislación básica en una determinada materia -como es el caso de la competencia ejercida por el Estado al aprobar el Real Decreto-Ley 20/2011, esto es, las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, recogida en el art. 149.1. 13ª CE-, que permite un posible desarrollo en lo no básico por las Comunidades Autónomas⁷. Ahora bien, el hecho de una norma tenga carácter básico no implica un uniformismo estricto en la regulación, ya que en la previsión global de esa materia son constitucionalmente posibles “una diversidad de regulaciones”, con un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan⁸.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las medidas tan drásticas que vino a imponer el art. 3 del RDL 20/2011, no sólo en lo que se refiere al empleo público sino por la afectación en la prestación a los ciudadanos de todo tipo de servicio público incluidos los esenciales, aunque sea legislación básica ello no exime de la fijación de su ámbito de aplicación, máxime teniendo en cuenta que “el Estado no puede agotar la regulación de la materia, que es menester que reserve un ámbito sustancial de la misma para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su propia competencia normativa”⁹. Nada impide pensar que, conforme a la interpretación constitucional del concepto de legislación básica, las universidades públicas como entes sin base territorial pero adscritas a una administración autonómica¹⁰ pudieran haber quedado para el legislador estatal en ese ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas más allá de la regulación básica. Dicho de otra manera, que entre los ámbitos públicos destinatarios de la medida de congelación del empleo público no hubiese estado originariamente el personal de las universidades.

Refuerza este argumento el hecho de que entre los sectores a los que el apartado Cinco del art. 3 permite una reposición del diez por ciento de efectivos no se contemple expresamente al personal de las universidades y sí en cambio a “A las Administraciones públicas con competencias educativas para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la

⁷ Según la STC 84/1982, en estos casos de competencia compartida la regulación de la materia “es el resultado de la actividad concurrente del Estado (en el sentido más estrecho del término) y la actividad concurrente de las Comunidades Autónomas”. De ahí que el Tribunal califique la regulación de una materia compartida como “bifronte”.

⁸ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson Civitas, 2008, p. 302.

⁹ *Ibidem*, p. 303.

¹⁰ Que son todas las universidades públicas, salvo la Universidad Nacional de educación a Distancia que es la única de competencia del Estado. Vid. Título I y XI de la LOU. Para la Comunidad Autónoma de Andalucía, vid. art. 53.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes”. De haber estado en la mente del gobierno incluir en la congelación del empleo público al PDI de las universidades, habría contemplado también la tasa de reposición del diez por ciento para este personal, junto con los cuerpos docentes propios del ámbito educativo no universitario. Y, en efecto, es lo que se hace seis meses más tarde en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012. Esta ley sí define ya el sector público al que se le aplican las restricciones de empleo, incluyendo a las universidades públicas, y permite expresamente una tasa de reposición del diez por ciento a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las universidades -art. 23-.

Todo conduce a pensar que la premura con la que se hizo la norma citada¹¹, llevó a que la misma fuera elaborada con muchas ambigüedades, y sin una clara delimitación del ámbito aplicativo de las medidas sobre empleo público, no siendo este aspecto el único que plantea serias dudas interpretativas. Se trata de una laguna jurídica en una norma que contiene medidas restrictivas de derechos que afectan al funcionamiento de los servicios públicos, incluidos los esenciales, laguna que impediría aplicar la norma por afectar a su ámbito de aplicación, lo que choca con el principio constitucional de seguridad jurídica. No lo entiende así la Sala al considerar aplicable al PDI de las universidades la norma objeto de discusión por tratarse de una regulación básica del Estado¹².

En este sentido, es significativo que la Abogacía del Estado no empezara a impugnar convocatorias de plazas a cuerpos docentes universitarios hasta mitad de 2012, es decir, coincidiendo con la aprobación de la Ley 2/2012 que sí contempla ya expresamente a las universidades como entes destinatarios de las medidas restrictivas del empleo. Sin embargo, las convocatorias objeto de impugnación en el presente caso son anteriores a la entrada en vigor de la citada ley, lo que lleva a los demandados a considerar que si el RDL 20/2011 no era aplicable a las universidades y la Ley 2/2012 es posterior a la convocatoria de las plazas impugnadas, estamos ante una aplicación retroactiva de la misma, restrictiva de derechos individuales, algo prohibido por el art. 9.3 CE.

¹¹ El presidente del Gobierno tomó posesión de su cargo el 21 de diciembre y los ministros el día 22 de diciembre, siendo aprobado el Real Decreto-Ley 20/2011, el 30 de diciembre de 2012. También apunta esta razón C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit.

¹² El Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA 22 de junio), que incluye en su ámbito de aplicación a las Universidades de titularidad pública competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 3), vino a establecer en materia de Oferta de Empleo Público que “*A excepción de los procesos de promoción interna, se suspende la ejecución de las ofertas de empleo público vigentes cuyas convocatorias no hayan sido publicadas a la entrada en vigor de este Decreto-ley*”, medida con ámbito temporal desde 23 de junio de 2012 a 31 de diciembre de 2013 -art.4-.

1.2. Aplicación retroactiva de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012

El anterior argumento sobre la no aplicación a las universidades del RDL 20/2011 en lo que se refiere a las restricciones del empleo público, lleva a los demandados a sostener que si la impugnación de las plazas por la Abogacía del Estado se basa también en la Ley 2/2012, y no estando ésta vigente en el fecha de la convocatoria de las plazas, se produciría una indebida aplicación retroactiva de esta norma legal. La respuesta a esta alegación se hace en la sentencia de forma conjunta con la anterior vista, con invocación a lo ya resuelto por la misma Sala en el recurso de apelación 472/2013, en el sentido de que “no es, pues, una indebida aplicación retroactiva de esta norma legal” (FD 3), por tratarse de una una correcta aplicación de la tasa de reposición contenida en el art. 3 del RDL 20/2011, norma que aunque no contiene referencia a las universidades públicas sí lo dice de modo expreso la Ley 2/2012 en su art. 23 por remisión al art. 22¹³.

Se deduce que en la sentencia se hace una aplicación conjunta de ambas normas, en la que se interpreta que la norma posterior completa la laguna de la anterior. Pero si la respuesta judicial se fundamenta también en la aplicación de la ley posterior, ello no deja de ser una aplicación retroactiva y sin embargo no se da ningún argumento en la sentencia comentada ni en la que se invoca, de por qué no lo es. Sólo se añade como argumento que “la circunstancia de que ninguna convocatoria anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2012 haya sido impugnada a las Universidades andaluzas por la Administración del Estado salvo la del presente supuesto y otro caso en la Universidad de Huelva, no es motivo para acoger este alegato pues, como advierte el Abogado del Estado, la doctrina de los actos propios sólo resulta de aplicación dentro de la legalidad”.

Pero lo anterior, en nuestra opinión, sigue sin explicar por qué no estamos en este caso concreto ante una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales. Entendemos que una afirmación de tal alcance exige una fundamentación jurídica más sólida por estar en juego un principio constitucional.

¹³ Según el art. 22, apartado Uno de la Ley 2/2012, a efectos de lo establecido en el presente artículo (relativo a retribuciones), constituyen el sector público: a) La Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Agencias estatales y las Universidades de su competencia. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, los Organismos de ellas dependientes y las Universidades de su competencia. c) Las Corporaciones locales y Organismos de ellas dependientes. d) Las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social. e) Los órganos constitucionales del Estado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 72.1 de la Constitución. f) Las sociedades mercantiles públicas. g) Las entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local.

1.3. Objetivo: reducción de gasto público

La fundamentación de la sentencia comienza citando una parte del preámbulo del RDL 20/2011, que expresa que “la desviación del saldo presupuestario estimada para el conjunto de las administraciones públicas respecto al objetivo de estabilidad comprometido”, obliga al Gobierno a tomar medidas, que comportan acciones tanto por el lado de los ingresos como por el lado de los gastos, de carácter urgente para su corrección reduciendo el desequilibrio presupuestario en más de un punto porcentual del Producto Interior Bruto. Continúa señalando la sentencia que la norma añade en lo que se refiere “al Capítulo II, «De los gastos de personal», que se mantienen las cuantías de las retribuciones del personal y altos cargos del sector público” y que “igualmente se acuerda la congelación de la oferta de empleo público, con ciertas excepciones que se recogen en el mismo artículo”.

El mismo preámbulo justifica que, debiendo prorrogarse los presupuestos generales de Estado para 2011 por la disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y la convocatoria de elecciones, sin embargo “la situación económica y financiera aconsejan no prorrogar algunas materias que podrían tener repercusiones en el déficit público y en la estabilidad presupuestaria, con las consecuencias que ello podría tener en los compromisos asumidos por España ante la Unión Europea en la reducción del déficit público”.

A lo largo de la fundamentación jurídica de la sentencia se alude en varias ocasiones a la finalidad de la norma de que no se produzca incremento de gasto público en materia de gastos de personal, en particular en materia de empleo público, y que el instrumento o medida para conseguir ese fin en este caso es la “congelación del empleo público”.

Sobre esta forma de calificar las restricciones en el empleo público establecidas por la norma, convendría precisar la citada expresión “congelar”. En un uso vulgar del lenguaje se ha venido utilizando para expresar lo que en un modo técnico sería no incremento de las cuantías a percibir por prestaciones públicas, o de sueldos públicos, o de salario mínimo interprofesional, entre otras materias cuantificables. La metáfora ha servido para transmitir al conjunto de la población la idea de que una determinada percepción económica se deja igual cuantitativamente durante el ejercicio al que es aplicable, como ocurre con las retribuciones del personal, esto es, congelarlas significa que no aumentan sino que se quedan igual, pero no disminuyen. De esta manera se cumple el objetivo de no incremento de gasto.

Pero tal como está contemplada la medida, tanto en el RDL 20/2011 como en la Ley 2/2012, no sólo se consigue el objetivo de que el empleo no aumente, sino que además conlleva que disminuya. Los arts. 3 y 23 de estas normas, respectivamente, lo que regulan es una reducción del empleo público, aunque

no se diga expresamente. Reducción que se ve atemperada sólo para algunos sectores esenciales, a través de la excepción legal de que en estos casos se puede reponer el diez por ciento de las plazas -excepción aplicable expresamente al personal investigador de las universidades por la Ley 2/2012-, con lo que la reducción de efectivos por jubilación no es del cien por cien, sino del noventa por ciento de plazas que no se reponen y desaparecen a través de su amortización, afectando a la prestación de los servicios públicos que deben recibir los ciudadanos, incluidos los servicios esenciales. Y ello pese a que se cumpla con la condición establecida por la norma de respeto de las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, ya que para la Sala el argumento de que “en todo caso se ha respetado el equilibrio presupuestario por parte de la Universidad demandada”, considera que hay que dar la razón al Abogado del Estado cuando afirma que *“el Real Decreto-ley 20/2011 y la Ley 2/2012 no permiten convocar todas las plazas que se tengan por conveniente con tal de que se respete el equilibrio presupuestario, sino que imponen la congelación de la oferta de empleo público. Por eso al caso presente se impugna la legalidad de las convocatorias, y no el estado de cuentas de la Universidad”*.

Esta reducción del empleo en principio no afecta a la convocatoria de plazas de promoción interna porque ello no supone incremento de personal, dado que se trata de un cambio de puesto de trabajo o categoría del personal que ya presta servicios en el sector público¹⁴. Sin embargo esto no va a ser así para el PDI porque la convocatoria de estas plazas no se considera promoción interna según afirma la sentencia, como comentaremos *infra*. De esta forma, si las plazas de PDI convocadas dentro de la tasa de reposición del diez por ciento permitido por la norma las obtienen el PDI que aspira legítimamente a una promoción profesional como personal de la universidad convocante, la reducción del empleo en estos casos equivale al cien por cien de las jubilaciones que se produzcan, de manera que ni siquiera se repone ese diez por ciento permitido, y ello pese a que en este caso no se ha producido la incorporación de nuevo personal.

Para finalizar, interesa reflejar el argumento sobre incremento de gasto de personal que la sentencia invoca tomado de su sentencia de misma fecha que resuelve el recurso de apelación 472/2013, en el que “el codemandado alega

¹⁴ Aunque el RDL 20/2011, ni la Ley 2/2012 lo decían expresamente, ni tampoco la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Pese a ello, las administraciones públicas incluidas las del Estado han venido convocando plazas de promoción interna. Sí se recogerá ya expresamente en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en cuyo art. 21.Uno.3 se dice que “No computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos, aquellas plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna”. Además se regula por primera vez la forma de cálculo de la tasa de reposición.

también que la afirmación contenida en la sentencia según la cual su nombramiento como catedrático supone un incremento del gasto “resulta errónea como criterio interpretativo” ya que a su entender para aclarar esta cuestión “debemos abordar adecuadamente lo relativo a la tasa de reposición”. Para la Sala, “tampoco esta alegación puede ser acogida pues una y otra cuestión no pueden ser confundidas, y lo cierto es que al pasar el interesado de profesor titular a catedrático en el mismo departamento ello ha de suponer un incremento del gasto público, derivado de la propia dotación de una plaza de catedrático con amortización de la plaza de profesor titular, y ante esta realidad, así apreciada en la sentencia, y como igualmente advierte el Abogado del Estado, el apelante no hace ningún desmentido”. No tiene en cuenta la Sala que este incremento de gasto motivado por una retribución superior se deja a salvo en el propio RDL 20/2011, en cuyo art. 2, al establecer que en el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, dispone en su apartado Cuatro que *“Lo dispuesto en el apartado Dos del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”*.

2. INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO TASA DE REPOSICIÓN Y SU FALTA DE ADAPTACIÓN AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS UNIVERSIDADES

2.1. Plazas vacantes o plazas de nueva creación

Las normas aplicadas por la sentencia, así como las posteriores que continúan con similares restricciones del empleo público¹⁵, al regular la oferta de empleo público no distinguen entre plazas vacantes o plazas de nueva creación a los efectos de identificar el tipo de plazas sobre las que aplicar la tasa de reposición del diez por ciento en los sectores y administraciones públicas en

¹⁵ Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, y Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

los que se permite tal reposición, que en el caso analizado son la de 2011¹⁶ y la de 2012¹⁷.

La medida a priori es simple: “*Durante el ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal*” -en el sector público delimitado en el artículo anterior, aclara la Ley 2/2012-¹⁸. Esta, denominada por la norma, “limitación” que fija su centro de atención en el personal de nuevo ingreso y no en el tipo de plaza, no será de aplicación a varios sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el diez por ciento. Por tanto, para la norma en principio es intrascendente que la plaza que se convoca esté vacante como que sea de nueva creación.

Sin embargo, los apartados dedicados al personal del sector público cuya

¹⁶ Según el art. 3 Cinco del RDL 20/2011, Respetando, en todo caso, las disponibilidades presupuestarias del capítulo I de los correspondientes presupuestos de gastos, la limitación contenida en los apartados anteriores no será de aplicación a los siguientes sectores y administraciones en los que la tasa de reposición se fija en el 10 por ciento:

A. A las Administraciones públicas con competencias educativas para el desarrollo de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en relación con la determinación del número de plazas para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes.

B. A las Administraciones Públicas con competencias sanitarias respecto de las plazas de hospitales y centros de salud del Sistema Nacional de Salud.

C. A las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado y a aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con Cuerpos de Policía Autónoma propios en su territorio, en relación con la cobertura de las correspondientes plazas.

D. A las Fuerzas Armadas en relación con las plazas de militares de carrera y militares de complemento de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de carrera militar, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

E. A las Administraciones Públicas respecto de los Cuerpos responsables del control y lucha contra el fraude fiscal y laboral.

¹⁷ Norma que añade a los anteriores sectores y administraciones, los siguientes: F) A las administraciones Públicas respecto de la cobertura de plazas correspondientes al personal de los servicios de prevención y extinción de incendios.

G) A las Administraciones Públicas en relación con las plazas de personal investigador doctor de los Cuerpos y Escalas de los organismos públicos de investigación definidos en la Ley 14/2011 de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

Esta excepción será también de aplicación a las plazas de los cuerpos de personal investigador de las Universidades, siempre que por parte de las administraciones públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁸ Se añade que “salvo la (incorporación) que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarias para alcanzar los efectivos fijados en la Disposición adicional vigésima segunda. Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público”. También se excepcionan a las sociedades mercantiles públicas que se regirán por lo dispuesto en la disposición adicional vigésima tercera de esta Ley.

competencia sea del Estado, sí se refiere a las plazas vacantes “de nuevo ingreso”, con ciertas diferencias entre las normas comentadas. Así, el RDL 20/2011 no permite la autorización de plazas vacantes de nuevo ingreso para el personal de las diversas Administraciones del Estado y sus organismos autónomos, así como en una serie de agencias públicas de competencia estatal que relaciona el apartado Tres del art. 3. Pero para las entidades públicas empresariales y restos de organismos y sectores competencia del Estado no incluidos en el apartado Tres citado, sí se permite la autorización de convocatoria de plazas vacantes -no se dice de nuevo ingreso- “en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que requerirán la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”. Se añade, para el sector estatal y sus organismos, que se amortizarán un número de plazas equivalente al de jubilaciones salvo en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Poniendo en relación las tres reglas, se constata que algunas de las vacantes que afecten a este tipo de servicios sí se pueden cubrir mediante convocatoria sólo para casos excepcionales, urgentes e inaplazables y podría hacerse con personal de nuevo ingreso sin estar sometida a tasa de reposición.

Pero pronto la Ley 2/2012 va a cambiar algo importante al respecto, y siempre relativo al ámbito de empleo de competencia estatal. Ahora ya sólo se alude a las plazas vacantes de personal laboral, que no se autorizan salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, que requerirán la previa y expresa autorización del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, continuando la misma regla dicha antes sobre amortización de las plazas vacantes.

De lo anterior se deduce que la tasa de reposición para el sector público competencia del Estado 1) Se aplica siempre a las plazas de nueva creación siempre que no sean cubiertas por promoción interna 2) Bajo la vigencia del RD 2011 también se aplica a las plazas vacantes de nuevo ingreso, es decir, que no sean cubiertas por personal propio por promoción interna, para una parte del sector público estatal, en tanto que para el resto de sectores del Estado se permite la convocatoria de plazas vacantes en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, sin el límite de la tasa de reposición. 3) Bajo la vigencia de la Ley 2/2012, en cambio, ya sólo permite la convocatoria sin limitación por la tasa de reposición para las plazas vacantes laborales y condicionadas también a esas situaciones excepcionales urgentes e inaplazables. 4) Sólo pueden quedar plazas vacantes en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, ya que el resto de plazas vacantes se tienen que amortizar.

Las limitaciones vistas no afectan a las convocatorias de plazas de promoción interna porque ello no supone en ningún caso ingreso de nuevo personal, pero producen en todo caso una reducción del empleo público, sobre todo del personal funcional, pues de cada cien jubilaciones se pueden amortizar hasta noventa plazas y cubrir un diez por ciento con la tasa de reposición en determinados sectores esenciales. En cambio, no van a estar condicionadas por la tasa de reposición aquellas plazas laborales vacantes de competencia estatal sobre las que se decida su no amortización sólo para sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, que se podrán cubrir con personal laboral temporal o interino de nuevo ingreso -art. 23. Dos Ley 2/2012-.

En los años noventa, cuando se crea esta técnica de la tasa de reposición como medida para no aumentar el gasto público, también se distinguía entre plazas de nuevo ingreso -que se limitaban también con una tasa de reposición, pero más alta que la actual, para evitar un incremento de gasto a través de nuevas incorporaciones-, y plazas vacantes, respecto de las que no operaba ese límite en aquellos sectores y funciones que se consideraran prioritarios o que afectaran al mantenimiento de los servicios públicos esenciales¹⁹. Se trae a colación este dato por ser objeto de análisis en la sentencia comentada si la tasa de reposición afecta a plazas de nueva creación o también a plazas vacantes, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, que recogemos a continuación.

2.2. Doctrina del Tribunal Supremo

Como se acababa de avanzar, los demandados alegan la doctrina del Tribunal Supremo relativa a que la tasa de reposición se aplica a las plazas de nueva creación y no a las que han quedado vacante por jubilaciones o fallecimientos u otras causas, y que por tanto, al ser las plazas objeto de impugnación vacantes y no de nueva creación, se vulnera dicha doctrina.

La doctrina referida es la contenida en las SSTS de 22 de noviembre de 2005 (casación 3557/2001) y la de 27 de marzo de 2006 (casación 515/2000), Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la limitación al empleo público contenida en la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, y la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, respectivamente. En ambas sentencias se analizan similares artículos de ambas leyes sobre la Oferta Pública de Empleo, en los que se establecía que durante el ejercicio correspondiente “*las convocato-*

¹⁹ Sobre el origen y evolución de la tasa de reposición en los años noventa, vid. C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit., pp. 253 y ss.

rias de plazas para ingreso de nuevo personal del sector público delimitado en el artículo 17.º de la ley 12/1996, de 30 de diciembre, se concentraran en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren absolutamente prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. En todo caso, el número de plazas de nuevo ingreso deberá ser inferior al 25% de la tasa de reposición de efectivos”.

En dicha sentencia, el Abogado del Estado interpreta que la tasa de reposición del 25% sólo se puede utilizar en plazas vacantes, pero no en plazas de nueva creación con personal de nuevo ingreso. Para el TS, sin embargo, *“considerar que el límite del 25% de la tasa de reposición permite contratar personal nuevo en plazas de nueva creación, siempre que no se supere aquel es correcto, pues de entender que sólo pueden cubrirse el 25% de las plazas de reposición, en plazas ya vacantes, nos encontraríamos no con una norma tendente a moderar el gasto público, sino reductora del mismo, con riesgo para el buen funcionamiento de los servicios públicos”* (...) y se continúa argumentando que ambas leyes buscan *“congelar las remuneraciones y restringir la oferta de empleo público mediante la limitación de las plazas de nuevo ingreso a menos del 25% que resulte de la tasa de reposición de efectivos. En definitiva, se trata de contener el gasto pero sin imponer una reducción del mismo que ponga en peligro los sectores, funciones y categorías prioritarias”.*

Sin embargo, para el caso analizado del PDI, la Sala considera que esa doctrina no es aplicable a este caso por ser dos supuestos diferentes, ya que en aquellas leyes *“se permitía el acceso de nuevos funcionarios en número suficiente como para cubrir las necesidades de reposición y un 25% adicional como de nuevo ingreso, y por eso se trata de contener el gasto pero sin imponer una reducción del mismo (...); en cambio, lo que establece el Real Decreto-ley 20/2011 es la congelación de la oferta de empleo público, autorizando excepcionalmente en determinados sectores, y con respeto en todo caso de las disponibilidades presupuestarias, una tasa de reposición del 10%; es decir, sólo el 10% de esa tasa de reposición. Y se concluye con el argumento de que “Ciertamente, el Real Decreto-ley 20/2011 más que restringir la oferta de empleo público mediante la limitación de las plazas de nuevo ingreso, acuerda, como dice su Preámbulo, “la congelación de la oferta de empleo público, con ciertas excepciones”. La finalidad es, pues, distinta, y la solución legal también diferente a aquella otra”.*

No compartimos esta interpretación de la Sala al afirmar que son dos casos diferentes. Primero, porque identifica congelación del empleo público con unas medidas que, tanto antes como ahora, vienen a reducir el empleo público, pero lo hacen de forma diferente: 1) En tanto que las leyes de los años noventa presentan las medidas en positivo, esto es, que se permite la convocatoria de plazas de nuevo ingreso debiendo concentrarse éstas en sectores esenciales y

sin que se pueda superar el 25% de la tasa de reposición, por un lado. Y, por otro lado, se permite la reposición necesaria de plazas vacantes -también con personal de nuevo ingreso- en sectores esenciales, en este caso sin límite de tasa, sino según la necesidad de esos sectores para no afectar el funcionamiento de los servicios esenciales.

2) En cambio, las normas de 2011 y 2012 (también las posteriores) establecen las mismas medidas en negativo, esto es, no se permite la incorporación de personal de nuevo ingreso como punto de partida, pero en sectores esenciales se permiten nuevas incorporaciones -ya sea en plazas nuevas o vacantes- sin que se pueda superar el diez por ciento de la tasa de reposición, por un lado. Pero por otro lado, se permiten nuevas incorporaciones en plazas vacantes laborales en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”, es decir, sin sometimiento a la tasa de reposición, a la par que se permite no amortizar todas las plazas vacantes en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales”, que o bien son cubiertos con aquella tasa de reposición del diez por ciento o, si no es suficiente -como no lo es con toda seguridad- con personal laboral interino o temporal no sometido a la tasa de reposición sino a la existencia de situaciones excepcionales, urgentes e inaplazables.

De manera que en los años noventa la reducción del empleo público se producía en sectores no esenciales que no eran repuestos, en tanto que los sectores esenciales se reponían en la medida necesaria para su correcto funcionamiento con personal de nuevo ingreso en plazas vacantes, y adicionalmente se permitía convocar un número de plazas de nueva creación con personal de nuevo ingreso siempre que no sobrepasara un veinticinco por ciento del número de plazas vacantes que se habían repuesto. En las normas actuales, se produce reducción del empleo público en sectores no esenciales que no se reponen, igual que entonces. Pero en cambio los sectores esenciales se reponen o bien en un máximo de un diez por ciento respecto del número de bajas por jubilación de personal funcionario, con personal de nuevo ingreso, y en casos excepcionales urgentes e inaplazables se reponen con personal laboral temporal de nuevo ingreso también, sin límite cuantitativo expreso de tasa de reposición, sino cualitativo basado en la necesidad de atender ese sector o servicio esencial.

Una forma ésta mucho más restrictiva de atender los servicios y sectores esenciales, que verdaderamente pone en peligro su correcto funcionamiento; en ambos casos hay reducción de personal -lo que no equivale a congelación, pues congelar significa no aumentar, dejar igual, pero no reducir-, no obstante mientras en el primer caso se garantizaba mínimamente el funcionamiento de los servicios esenciales, ahora no sólo no se hace, sino que además se precariza

el empleo público en extremo²⁰, atemperándose sólo en casos excepcionales la atención de los servicios esenciales, bien a través de la insuficiente tasa de reposición del diez por ciento de funcionarios de nuevo ingreso, bien a través del número necesario de personal laboral temporal en supuestos urgentes e inaplazables.

Hubiera sido deseable, más allá de una mera comparación formalista de supuestos -los examinados por el TS relativo a leyes de los años noventa y los actuales relativos a normas de 2011 y 2012-, hacer un examen de adecuación de las actuales normas a los valores, principios, mandatos y derechos constitucionales, lo que seguramente podría haber llevado al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a estas normas. Hay que plantearse si estas medidas, que en la actualidad continúan, impiden el correcto funcionamiento de los servicios esenciales, pues están reduciendo el empleo público en estos servicios esenciales en un noventa por ciento, salvo casos excepcionales y urgentes que se pueden atender con contratación laboral temporal y precaria.

2.3. La falta de adaptación del concepto “tasa de reposición” a las plazas de personal docente e investigador de universidades

Trasladar la aplicación e interpretación de las medidas restrictivas del empleo público a las plazas de PDI se convierte en una tarea en exceso compleja, no sólo por las carencias técnicas de las normas objeto de aplicación -en el caso analizado el RDL 2011 y la Ley 2/2012-, sino sobre todo por configurarse como medidas planas que no tienen en cuenta las singularidades que tienen algunas administraciones, como es el caso de las universidades públicas y su personal. Una ciega aplicación de la tasa de reposición a las universidades sin tener en cuenta sus especialidades, su diversificación normativa²¹, su diferenciación de personal entre funcionarios y laborales, entre otras, produce efectos perjudiciales al sistema universitario en su conjunto y al servicio esencial que presta a los ciudadanos, más allá del empleo público.

A este respecto hay que recordar que las universidades públicas gozan de personalidad jurídica y tienen reconocido el derecho a la autonomía universi-

²⁰ Mucho más de lo que ya sucediera a partir de 1995 cuando la tasa de reposición se empieza a fijar en un porcentaje inferior al cien por cien, lo que dio lugar a contrataciones fraudulentas que acabó por generar una bolsa de empleo público “negro” que aflora años después, según se afirma por C. A. Amoedo Souto, A. Nogueira López, “Regateando hacia la excelencia. Tasa de reposición de efectivos y universidades públicas”, cit., p. 251 y 252.

²¹ Según la exposición de motivos de la LOU, “La Ley articula los distintos niveles competenciales, los de las Universidades, las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado. Diseña un mayor autogobierno de las Universidades y supone un incremento del compromiso de las Comunidades Autónomas, lo que implica para las primeras una mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos y nuevas atribuciones de coordinación y gestión para las segundas”.

taria en los términos que establezca la ley –art. 27 CE-, siendo ésta la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre (LOU), en cuyo art. 2 desarrolla este derecho y su contenido, entre los que se encuentran “La elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes” (apartado h.), y “El establecimiento y modificación de sus relaciones de puestos de trabajo” (apartado i.). En este sentido, son muy variados los aspectos del funcionamiento de la universidad que la ley deja a la autorregulación de ésta a través de sus estatutos, además de atribuir importantes competencias a las Comunidades Autónomas respecto de las universidades de su competencia²².

Por lo que se refiere al personal docente e investigador de las universidades y el acceso al empleo público, y expuesto sintéticamente, el diseño que hace la LOU y sus normas de desarrollo de las categorías de PDI y la forma de acceso a cada una, hace que no se pueda considerar un modelo de carrera profesional, ni funcionarial ni laboral, porque los cuerpos y categorías se contemplan como compartimentos estancos, desde una doble perspectiva. La primera de ellas, diferenciando dos tipos de PDI para hacer el mismo tipo de trabajo -aunque con distinta proyección profesional según la categoría-: por un lado dos categorías funcionariales que integran cada una de ellas sendos cuerpos docentes universitarios -catedráticos de universidad y profesores titulares de universidad- a los que se les reconoce plena capacidad docente e investigadora -art. 56.1 LOU-, cuyo régimen jurídico es de competencia del Estado²³; y, por otro lado, profesorado laboral con diversas categorías que se pueden sistematizar en dos tipos en función de la duración del contrato: indefinidos -profesor contratado doctor- con plena capacidad docente e investigadora, y temporales, con distintas finalidades²⁴, a los que se les reconoce capacidad docente o docente e investigadora, sin llegar a ser calificada como plena. La competencia para regular el régimen jurídico del profesorado laboral contemplado en la

²² Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas las tareas de coordinación de las universidades de su competencia -Art. 2.5 LOU-, además de otras relativas al inicio de actividades -art. 4.4.-, régimen del profesorado laboral -art. 48.6- y financiación de las universidades de su competencia -art. 81-, entre otras previstas en la citada ley.

²³ Según el Boletín estadístico del personal al servicio de las administraciones públicas, enero de 2014, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el total de PDI funcionario en las universidades públicas transferidas a las comunidades autónomas asciende a 45.463 efectivos, y el PDI laboral asciende a 46.944 efectivos, a fecha de enero de 2014.

²⁴ Finalidad formativa -profesor ayudante-; docentes e investigadoras -profesor ayudante doctor-; finalidad docente con aportación de experiencia profesional -profesor asociado-; por servicios destacados en la universidad -eméritos-; docente o investigadora de profesores de otras universidades -visitantes-, arts. 49 y ss LOU.

LOU se atribuye a las Comunidades Autónomas²⁵, “*correspondiéndose así los instrumentos financieros de los que son responsables con los normativos que ahora asumen*” -Exposición de motivos de la LOU-.

Desde una segunda perspectiva, la incomunicación entre las distintas categorías laborales entre sí, de los dos cuerpos docentes entre sí, y del personal funcionario y laboral entre sí, se debe a que no se contempla en la LOU un sistema de progresión profesional²⁶, de manera que en principio y formalmente las convocatorias de plazas de PDI se ofertan públicamente a cualquiera que reúna el requisito del ostentar el título académico exigido -licenciado/graduado universitario, o doctor, según la categoría o cuerpo- y el requisito de haber obtenido la acreditación externa o previa evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación -para el acceso a cuerpos docentes o a plazas laborales- o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine -sólo para plazas laborales-²⁷. Va ser a través de este requisito de acreditación externa como se constata que sí existe una comunicación no formal y jerarquizada entre las categorías y cuerpos, en el sentido de que para cada una de las figuras de PDI se exige al interesado aportar un nivel de actividades propias del ámbito docente e investigador superior -universidades y otros organismos públicos de investigación- que va en aumento y de forma acumulativa desde la categoría laboral temporal de ayudante a la más alta de los cuerpos docentes de catedrático de universidad.

La obtención de la acreditación externa, por tanto, exige al interesado contar con años de experiencia y méritos docentes, investigadores, de gestión y de transferencia de conocimientos o, dicho de otra forma, ningún doctor que no haya realizado durante años actividades propias del ámbito educativo superior y de investigación y transferencia de conocimientos -en una cantidad y variedad que varía según la categoría y cuerpo, aumentando progresivamente conforme la categoría es más alta- podría obtener esa acreditación externa para poder presentarse a las ofertas públicas de empleo de plazas de PDI universitario.

²⁵ Atribución cuestionada por posible inconstitucionalidad al atribuir a las Comunidades Autónomas competencia de legislación laboral, según C. Molina Navarrete, “Improvisación de la LOU, pervisión de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, Revista de Derecho Social 25/2004, pp 91 y ss.

²⁶ El art. 69.1 LOU sólo contempla la promoción económica, remitiéndose en el caso de los cuerpos docentes a lo establecido en la legislación general de funcionarios; por su parte, el art. 55.2 LOU atribuye esta competencia a las Comunidades Autónomas en el caso del profesorado laboral contratado.

²⁷ Este requisito de acreditación externa no se exige para acceder a la categoría laboral temporal formativa de profesor ayudante, ni para las laborales temporales que profesores asociados, eméritos o visitantes.

Por ello, en este ámbito resulta extraño hablar de términos propios del resto de administraciones públicas en las que sí existen sistemas de promoción profesional, y se diferencia por tanto entre personal de nuevo ingreso y personal de promoción entre niveles, grupos, grados, categorías, etc²⁸, así como el empleo de términos tales como plazas de nueva creación y plazas vacantes, habitualmente en correspondencia con acceso público o promoción interna, respectivamente. El empleo público en las universidades no se ajusta a ese patrón. Aunque formalmente se trate de plazas de nueva creación, sometidas a oferta pública, el sistema obedece a la lógica de un sistema de promoción profesional en el que la obtención de una categoría superior está supeditada a la acreditación y al sometimiento de concursos de acceso públicos regulados por cada universidad en sus estatutos. En tanto que las nuevas incorporaciones se producen a través de categorías laborales temporales en formación, ahora vedadas por las normas restrictivas del empleo público desde 2011.

Lo anterior no impide que puedan producirse nuevas incorporaciones del PDI provenientes de otras universidades que se presentan a una plaza permanente laboral o funcionarial convocada por otra universidad diferente, dado que se trata de concursos abiertos a los que se pueden presentar PDI de otras universidades y organismos de investigación -doctor acreditado para esa categoría, o que ya tenga esa categoría-. El problema es que cuando no estamos en supuestos de movilidad profesional, sino de promoción profesional entre el personal de una misma universidad, no existe mecanismo legal específico para este ámbito que lo considere como tal. A ello nos referiremos enseguida al hilo de la sentencia comentada.

3. INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL ACCESO AL EMPLEO Y LA PROMOCIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE UNIVERSIDADES

Alegan los demandados, según la sentencia objeto de estudio, que en el caso de las plazas impugnadas no nos hallamos ante supuestos de “incorporación de nuevo personal”, que es lo que no permite el art. 3.1 del Real Decretoley 20/2011 ni el art. 23 de la Ley 2/2012, sino de promoción profesional, derecho recogido en el art. 35 de la Constitución y 14.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, que también ostenta por tanto el personal docente e investigador. Continúan alegando que, en concreto, se trata de una exigencia impuesta por el art. 19 del Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral de las Universidades públicas de Andalucía, según el cual “los profesores contratados en alguna de las categorías ordinarias de personal do-

²⁸ Vid. A. Cea Ayala, “La carrera profesional de los funcionarios públicos”, *Actualidad Administrativa*, 13/2012.

cente e investigador con contrato laboral a tiempo completo, definidas en el apartado 1 del artículo 14, que cumplan los requisitos legales para optar a una figura superior, incluyendo la de profesor titular de universidad, tendrán derecho, previa solicitud, a la dotación de una plaza en la RPT que les posibilite promocionar a dicha figura superior...”. Para los demandados, si bien las plazas convocadas en respuesta a esas solicitudes de sus peticionarios se convocan como concurso público por imperativo del art. 62 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en realidad tal concurso responde al sistema de promoción del personal docente e investigador.

Dado que las convocatorias impugnadas son de profesores titulares de universidad, cuyo régimen jurídico regulan las leyes estatales y específicamente la LOU, para dar respuesta a la alegación hecha, la sentencia se basa en dicha normativa, recogiendo textualmente los preceptos aplicables (FD 2), como son el art. 62 de esta ley, titulado “Concursos para el acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios”, en cuyo apartado dos especifica quienes se pueden presentar a esos concursos²⁹; el Real Decreto 1313/2007 de 5 de octubre por el que se regula el régimen de concursos de acceso a cuerpos docentes, en cuyo art. 4 establece que se pueden presentar a los concursos quienes hayan sido acreditados o acreditadas de acuerdo con el sistema de acreditación regulado en el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre.

En atención a esta normativa específica para el acceso a los cuerpos docentes, se acoge en la sentencia la alegación del Abogado del Estado según la cual *para participar en un concurso para el acceso a plaza en el cuerpo de profesores titulares de universidad se requiere estar “acreditado”, y pueden pedir esa acreditación quienes posean el título de doctor; no sólo los doctores acreditados que presten servicios en la Universidad convocante pueden concurrir sino también los que presten servicio en cualquier otra universidad o incluso los que no presten servicio en ninguna, lo único requerido es estar acreditado y restringir el concurso al personal propio iría en contra de los principios de mérito, capacidad, igualdad de trato y de oportunidades*. A lo que se añade que el hecho de haber obtenido las plazas PDI que ya era personal de la universidad convocante con categoría de profesores contratados doctores, es irrelevante a estos efectos pues son las convocatorias mismas los actos recurridos y el juicio sobre su conformidad o no al dictado del art. 3.1 citado no puede quedar en suspenso hasta conocer el resultado a que se llegue.

Como se constata, hay una aplicación formalista de la norma, desconectada de la finalidad que pretenden las normas restrictivas del empleo público antes vistas, esto es, obviando que no se produce incorporaciones de nuevo

²⁹ Art. 62.2. LOU: “A los concursos podrán presentarse quienes hayan sido acreditados de acuerdo con lo regulado, para cada caso, en los artículos 59 y 60, así como los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos de Profesores Titulares de Universidad y de Catedráticos de Universidad.

personal. En efecto, si en apartados anteriores (epígr. 1.3) hemos visto cómo la interpretación de las normas que se sigue en la sentencia no se ha basado en redacción formal o literal de las mismas, sino en función de la finalidad perseguida -según criterios del art. 3 del Código civil-, es decir, “congelar el empleo” o no incrementar gastos de personal a través de la prohibición de nuevas incorporaciones, ahora en cambio las normas relativas al acceso a los cuerpos docentes se interpreta de forma literal, en el sentido de que a dichos concursos se puede presentar todo acreditado por la ANECA, teniendo en cuenta según la norma que regula la acreditación que ésta la puede solicitar cualquier doctor, con lo que podrían presentarse a las plazas cualquier doctor acreditado que no fuera ya PDI.

Con anterioridad ya nos hemos referido al hecho de que la acreditación no la puede obtener cualquier doctor (epígr. 2.3), lo que se comprueba sólo leyendo el texto de la norma que regula las acreditaciones, si bien es cierto que formalmente la puede solicitar cualquier doctor, otra cosa es que la obtenga. Ciertamente a las plazas convocadas se puede presentar quien ya tiene la condición de profesor titular de universidad -o incluso catedrático de universidad- que aspire a una movilidad, a un cambio de universidad. Pero incluso en este caso no se produciría un aumento de personal docente e investigador en un cómputo global de efectivos de universidades.

Téngase en cuenta, de un lado, que estos cuerpos son interuniversitarios o comunicables, es decir, son cuerpos del Estado que comparten las distintas universidades públicas, y de otro lado, que la movilidad del PDI de una universidad a otra si bien incrementa personal en la de destino, reduce personal en la de origen, por lo que en el cómputo de efectivos que lleva a cabo el Estado para el cuerpo docente en cuestión, la cantidad de personal no habrá variado por esta movilidad.

Dicho de otra manera, se trate de profesores contratados doctores de la universidad convocante o de funcionarios de los cuerpos docentes de otras universidades los que obtienen las plazas impugnadas, en ninguno de los dos casos hay un aumento de empleados públicos, que es la finalidad que persigue la norma dada la necesidad de no incremento de gasto.

Además de lo anterior, la interpretación formal y desconectada que se hace de la LOU no tiene en cuenta el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada -art. 3 Código civil-. De tenerse en cuenta, se llegaría a la conclusión de las normas restrictivas del empleo público no deben extender sus efectos más allá del fin que pretenden, esto es, el de evitar aumentos de personal de nuevo ingreso. Una interpretación formalista de la LOU lleva a este efecto, ya que a través de la misma se impide la utilización de la única vía que tradicionalmente ha tenido el PDI para progresar en su carrera profesional y alcanzar categorías superior-

res a través de doble comprobación objetiva de capacidad y mérito (acreditación de méritos ante la ANECA y concurso oposición para acceder a la plaza).

Al restringirse los concursos de acceso públicos, a la vez se está impidiendo en el caso del personal docente e investigador de universidades los concursos por promoción o promoción profesional, objetivo que no es el perseguido por las normas restrictivas de empleo. Una interpretación literal de la norma que regula los accesos a plazas de PDI conlleva como efecto en este ámbito a una indebida aplicación de la “congelación del empleo público” que impide la promoción del personal, lo que no ocurre en el resto de administraciones públicas. Tiene pues un doble efecto: reduce el noventa por ciento de las plazas de personal docente e investigador que se jubila, y el resto de personal se petrifica en su categoría, cerrándose toda posibilidad de promoción profesional, como se constata en la sentencia comentada y otras en el mismo sentido y de idénticos argumentos³⁰.

Y, sin embargo, los procedimientos de acreditación o evaluación externa siguen abiertos, incrementándose el número de acreditados que no pueden promocionar³¹, produciendo una intensa frustración y desmotivación profesional que en nada favorece al conjunto del sistema universitario público, pero puede que sí al privado.

NOTA FINAL: Entregado este comentario de sentencia a la editorial y encontrándose en prensa, he tenido conocimiento de la STSJ de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de dieciocho de junio de 2014, Rec. núm. 702/2012, no publicada en ninguna base de datos jurídica por ahora, favorable al derecho de promoción del personal docente e investigador de universidad pública. Dicha sentencia aplica la interpretación que mantenemos a lo largo de este trabajo, esto es, que estas plazas no deben computar en la tasa de reposición porque no se trata de incorporación de nuevo personal, sino del derecho de promoción del profesorado universitario, en una interpretación finalista de la norma.

³⁰ STSJ Andalucía Sevilla, Sala tercera, de 30 de enero de 2014, N° de Recurso: 472/2013; de 6 de febrero de 2014, N° de Recurso: 561/2012; de 13 de febrero de 2014, N° de Recurso: 563/2012; de 31 de marzo de 2014, N° de Recurso de Apelación 497/2013. STSJ Madrid de 8 de julio de 2014, N° de Recurso: 546/2013; STSJ Galicia de 11 de diciembre de 2013, N° de Recurso: 353/2012 (todas de las Salas de lo Contencioso-Administrativo).

³¹ Lo que da como resultado que en España haya aproximadamente en torno a 6000 PDI de universidades públicas acreditados por la ANECA sin la más mínima posibilidad de promocionar a categorías profesionales superiores, aunque ello no suponga en estos casos un aumento de efectivos. Según los informes anuales de la ANECA, en 2012 el total de evaluaciones positivas fueron 2840 (1069 a catedráticos de universidad y 1771 a profesor titular de universidad); en 2013 el total fue de 2316 evaluaciones positivas (790 a catedrático de universidad y 1516 a profesor titular de universidad); y de enero a septiembre de 2014 es de 1230 acreditados (530 catedrático de universidad y 700 a profesor titular de universidad). Confr. en <http://www.aneca.es/Programas/ACADEMIA> y para 2014 en <http://www.mecd.gob.es/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/profesorado/cuerpos-docentes.html>

ACUERDO NOVATORIO DE PREJUBILACIÓN Y JUBILACIÓN ANTICIPADA

Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo (rcud 1317/2013), de 18 de marzo (rcud 1436/2013), de 19 de marzo (rcud 1302/2013, 1460/2013, 1679/2013), de 20 de marzo (rcud 1318/2013), de 7 de abril (rcud 2381/2013) y de 16 de abril (rcud 2271/2013) de 2014

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
M^a ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO*

SUPUESTO DE HECHO: En las sentencias que se comentan los supuestos de hecho son idénticos, se trata de trabajadores de BANESTO que en el marco de unos acuerdos colectivos de prejubilación entre el Banco y los representantes sindicales de los trabajadores, suscribieron un acuerdo individual de prejubilación con el Banco en el año 2001, el cuál en el año 2009 fue objeto de un acuerdo novatorio para adaptar las condiciones de prejubilación a las modificaciones para la jubilación anticipada introducidas por la Ley 40/2007, estimando el INSS que los demandantes no reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación anticipada establecidos en el artículo 161 bis 2 LGSS en relación con la DT Tercera. 1 de la misma, porque niega validez al acuerdo de prejubilación novatorio de 2009.

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en estas sentencias, unifica el criterio por el cuál considera válido el acuerdo novatorio firmado por el Banco y los representantes sindicales ya que entiende que es necesario para adaptar las condiciones de acceso a la jubilación anticipada de los trabajadores prejubilados, toda vez que se ha producido una modificación en la normativa que regulaba el acceso a dicho derecho. Indica además que sí es de aplicación la modificación introducida en el art. 161 bis 2 de la LGSS mediante la ley 40/2007 ya que la misma entraba en vigor el 1 de enero de 2008 y el hecho causante en todos los casos se produjo con posterioridad a dicha fecha.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y doctoranda, respectivamente.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: UNA SERIE DE SENTENCIAS HOMOGÉNEAS
2. LA PREJUBILACIÓN UN RIESGO SOCIAL NO CONTEMPLADO DIRECTAMENTE POR LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL
3. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRAS LA LEY 40/2007
 - 3.1. Los supuestos de anticipación de la edad de jubilación.
 - 3.2. Las modificaciones a la jubilación anticipada producida por la Ley 40/2007.
4. LA PREJUBILACIÓN ANTE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA
 - 4.1. Las modificaciones en la jubilación anticipada producida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social
 - 4.2. La regulación actual tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

1. INTRODUCCIÓN: UNA SERIE DE SENTENCIAS HOMOGÉNEAS

Las sentencias que se comentan, casi todas ellas de diferentes ponentes, son prácticamente idénticas en sus argumentaciones. Dentro de esta serie hay una que destaca de las anteriores por el desarrollo y explicación argumental de la decisión adoptada: la STS de 18 de marzo de 2014 (rcud 1436/2013) ponente De Castro Fernández.

Aún así se podrían diferenciar, quizás, en quién es el recurrente. En base a ello, podrían clasificarse en dos grupos dependiendo de quién presenta el recurso de casación por unificación de doctrina. En el primer grupo, cuyo recurso es presentado por el INSS, tenemos: STS 1968/2014 de 16 de abril, STS 2015/2014 de 7 de abril, STS 1436/2014 de 18 de marzo, STS 1664/2014 de 19 de marzo, STS 1665/2014 de 19 de marzo. En el segundo grupo, donde el recurrente es el prejubilado afectado, se encuentran: STS 1384/2014 de 19 de marzo, STS 1376/2014 de 27 de marzo.

Básicamente, el problema se centra en que los trabajadores, una vez solicitada la pensión de jubilación anticipada, solicitan para el cálculo de la cuantía de la misma, un porcentaje sobre la base reguladora superior al que le concede el INSS, ya que creen que es de aplicación el art. 161 bis 2 LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por lo que, una vez agotada la vía administrativa presentan demanda ante el Juzgado de lo Social, seis de ellos en Madrid y el séptimo en Zaragoza. Las sentencias de contraste son diversas, en algún caso nos encontramos, y como curiosidad, que las contradictorias pertenecen a la misma sala del TSJ: el de Madrid.

Estas primeras demandas son resueltas, en su mayoría, en favor de los trabajadores indicando que el porcentaje a aplicar es el que ellos defienden y condenando al INSS al abono de dicha prestación y a las diferencias que se hayan producido. Tan sólo en el caso de la STS 1384/2014, los antecedentes

de hecho relatan que su demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en el recurso de suplicación presentado.

Es curioso que el Tribunal Supremo haga copias tan “literales” de las argumentaciones de unas sentencias en otras ya que en alguna de ellas se olvida que el trabajador que recurre tiene unas condiciones distintas (por ejemplo, edad o período de cotización previo, al de otros prejubilados de las otras sentencias), por lo que supondría una distinta cuantía de pensión de jubilación anticipada, siempre según los hechos declarados probados en el asunto concreto que se enjuicia.

En definitiva, todas ellas se refieren a prejubilados de Banesto que suscribieron un acuerdo novatorio de prejubilación para ajustarse a lo establecido en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre y lo que se dilucida es acerca de la validez del mismo y de su aplicación para poder obtener una pensión de jubilación anticipada de conformidad a la nueva regulación establecida en el art. 161 bis 2 de la LGSS.

2. LA PREJUBILACIÓN UN RIESGO SOCIAL NO CONTEMPLADO DIRECTAMENTE POR LA LEGISLACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La crisis económica, que cíclicamente embate a los sistemas productivos, lleva consigo la expulsión, a veces masiva, de la mano de obra del mercado de trabajo.

Las dificultades económicas o las necesidades de reorganización de las empresas han supuesto la adopción de procesos de ajuste y reestructuración de las plantillas de muchas de ellas. Aunque pueden ser varias las medidas a adoptar para estos objetivos, quizás, la más llamativa sea la utilización de despidos por causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción).

Víctimas de estos expedientes de regulación de empleo son, de forma especial, los trabajadores de “edad avanzada” o “maduros” ya que la experiencia de los mismos ya no forma parte o interesa como un “activo” de la empresa, pasando a ser una “carga” de la que es necesario desprenderse, ya sea por falta de adaptación a las nuevas condiciones técnicas o tecnológicas o ya sea por razones económicas (no sólo porque puedan disfrutar de algún complemento, cada vez más inusual, como el de antigüedad, sino también porque, por razón de edad, es más común que los problemas de salud les impidan asistir al trabajo o rendir de modo óptimo). En definitiva, son los criterios de rentabilidad empresarial los que rigen.

Junto a ello, no se descubre nada nuevo cuando se afirma que los llamados “desempleados maduros” carecen ya de oportunidades para mantener o encontrar un empleo antes de la jubilación¹.

¹ Por todos, véase, AAVV, *Empleo y protección social de los trabajadores en edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, Dir. Sempere Navarro y Quintanilla Navarro, CES, Madrid, 2010, pág. 227.

En el Derecho social se han articulado mecanismos no traumáticos de re-dimensionamiento de plantillas o de salvamento frente a una crisis, que pretenden dar cobertura a este colectivo de trabajadores en edad madura. Además, la Seguridad Social se pone al servicio del mercado de trabajo transicional y flexible y de la facilitación de los procesos de ajustes y reestructuraciones de empresas².

Pues bien, la combinación de la protección por desempleo y la posibilidad de jubilación anticipada (prestaciones de Seguridad Social) y, de otro lado, con la protección de la prejubilación (prestaciones externas a la Seguridad Social) permite una salida del mercado de trabajo en condiciones, aunque distintas según los casos, normalmente ventajosas para el trabajador maduro que ve extinguido su contrato de trabajo. El prejubilado no es un asalariado, ya que no tiene contrato de trabajo; no es un jubilado, puesto que accederá a esta prestación cuando termine su prejubilación; pero tampoco es un desempleado (quizás “impropia y desajustadamente”), toda vez que tras su salida del mercado de trabajo no persiste la búsqueda de un empleo³.

La situación de prejubilación en su definición clásica es “la situación de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que se percibe una pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de una trabajador con el acceso a la jubilación”⁴. En definitiva, es un híbrido jurídico entre el desempleo y la jubilación⁵. Se trata, pues, de asegurar el tránsito entre el cese definitivo y prematuro de la actividad laboral y la futura pensión de jubilación mediante una serie de complementos al margen del sistema de pensiones de la Seguridad Social, y con independencia del percibo de las prestaciones por desempleo que puedan corresponder en el trabajo⁶.

Durante dicho período, como ocurre en los supuestos de hecho de las sentencias que se comentan, los trabajadores reciben, por haber cesado “volunta-

² Vid., Monereo Pérez, J.L. “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación” Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N^o Extra 1, 2010, pág. 167.

³ Así lo indica Martínez Barroso, M.R. en “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, TL n^o 103/2010, pág. 108.

⁴ Lo indica así López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 85 y 86.

⁵ Así lo dice también, aunque en otro momento, López Cumbre, L.: «La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social», en VV.AA.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N. (Coordinadores), Granada, Ed. Comares, 2008, pág. 695.

⁶ CES, Informe vida laboral y prejubilaciones, 2000, pág. 51.

riamente” en el trabajo “una prestación económica, sustitutiva del salario”⁷. Pero se trata de una situación no contemplada de forma directa por la legislación de la Seguridad Social⁸ y mal definida en el resto del ordenamiento jurídico⁹.

Aunque en algún momento anterior se establecieron como prestaciones para esta situación las llamadas “ayudas previas a la jubilación ordinaria” de carácter público (Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización o Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria) para empresas afectadas por un proceso de reconversión y reindustrialización, promoción, modernización y competitividad de empresas y reestructuración empresarial, lo normal, en la actualidad, es el establecimiento de planes de prejubilación de financiación privada.

La coyuntura económica ha servido para utilizar de forma masiva procesos de reestructuración, incluso en empresas no afectadas de forma importante por la crisis¹⁰, reduciendo plantillas y suprimiendo puestos de trabajo.

A través de la negociación colectiva se han adoptado medidas para acordar (¿incentivar?) el cese anticipado de los trabajadores maduros a través de las distintas formas de jubilación anticipada y prejubilación (e incluso, cuando la norma lo ha permitido, a través de la jubilación forzosa) sirviendo como elemento para rejuvenecer plantillas con, en ocasiones, un “relativo” coste reducido para los empresarios¹¹. Evidentemente, el coste se incrementará en

⁷ Como dice González Ortega, S. en “La anticipación de la edad de jubilación”, RSS nº 36, 1987, pág. 20. Por su parte, el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, establece en su art. 1 x) como definición de las “prestaciones de prejubilación”: todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente.

⁸ El llamado subsidio de prejubilación, ahora para mayores de 55 años, no es una prestación de prejubilación sino una prestación que se otorga en el marco de nivel asistencial de la protección por desempleo, un subsidio pensado para los parados en edad madura respecto de los que se prevé difícilmente su retorno al mercado de trabajo.

⁹ La prejubilación ha sido mencionada de forma indirecta en el art. 51.9 del ET y en la disposición adicional 31ª de la LGSS, sobre convenios especiales en EREs para trabajadores maduros; en el art. 8.6 a) del RD-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de Planes y Fondos de Pensiones. De forma directa, fue mencionada en el art. 161 bis.2,d), párrafo segundo de la LGSS, en su la redacción anterior, no vigente actualmente y también en el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, art. 1 x).

¹⁰ Los costes de las prejubilaciones son altos y exigen una aportación financiera importante por parte de las empresas y normalmente las grandes empresas sí pueden afrontar el coste de la prejubilación de sus trabajadores porque tienen capacidad para ello, como indica, López Cumbre, L., *La prejubilación*, op. cit., pág. 102.

¹¹ Vid., Monereo Pérez, J.L., op. cit., pág. 168.

los supuestos en los que no existan ayudas estatales a la prejubilación y se pretenda no perjudicar al trabajador que se prejubiliza, por lo que para canalizar los objetivos de reestructuración o redimensionamiento de la empresa son fundamentales medidas de acción social que intenten mejorar la calidad de vida del trabajador una vez que decida dar por terminada su vida laboral activa¹².

Así pues, en numerosos supuestos, a través de la negociación colectiva, se han llegado a Acuerdos de prejubilación que, como se ha dicho con acierto, son “un instrumento de ingeniería social” institucionalizado y diseñado colectivamente¹³.

Esta llamada prejubilación “programada” colectiva se caracteriza por adoptar un Plan de prejubilación que se deriva de un Acuerdo colectivo negociado con los representantes de los trabajadores y que en ocasiones, como es el caso de las sentencias objeto de este comentario, se traducen en la suscripción de un acuerdo individual de prejubilación con cada uno de los afectados¹⁴. Tanto uno como otro permitirán al trabajador participar en el diseño de su correspondiente prestación de prejubilación, configurando un auténtico régimen de previsión. En cualquiera de estos instrumentos se fijarán las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vincula a cada una de las partes, la concreción de las reglas de gestión y financiación dispuestas para llevar a cabo los objetivos, el establecimiento de los oportunos mecanismos de revisión, etc. La concreción del contenido del acuerdo sirve de base para la extinción contractual, aceptada de conformidad por el trabajador y se configura, al mismo tiempo, como hecho determinante para el inicio de su situación como prejubilado¹⁵.

El resultado del Acuerdo o Plan de prejubilación es la extinción de la relación laboral del trabajador maduro¹⁶, el cual accede a la protección por

¹² Vid., Martínez Barroso, M.R., op. cit., pág. 120. Aun queda claro que se han establecido diversas modalidades para la incentivación de la jubilación anticipada o a la jubilación, por todos, véase Valdés de la Vega, B., en *Mejoras voluntarias por edad en la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Monografías, Valencia, 1999, págs. 66 y sigs.

¹³ Vid., Molero Manglano, C en “Régimen jurídico de los planes de prejubilación”, *AI*, t. I, 1994, pág. 67.

¹⁴ En no pocas ocasiones, la extinción colectiva de las relaciones de trabajo se han establecido, aunque ya menos desde la reforma del 2012, dentro medidas negociadas en el procedimiento de consultas e instrumentalizadas a través de los llamados “planes sociales” con fines “amortiguadores” de los efectos extintivos, especialmente de los trabajadores en edad madura, complementando las prestaciones de Seguridad Social que les correspondiera y suscribiendo convenios especiales con la Seguridad Social.

¹⁵ Nuevamente, López Cumbre, L., *La prejubilación*, op. cit., pág. 99.

¹⁶ Como se ha dicho, el pacto de prejubilación conlleva la extinción del contrato de trabajo “a cambio de la percepción de unas cantidades económicas y unos beneficios sociales, normalmente establecido en un convenio colectivo, prestados por el empresario y que se suelen prolongar hasta el momento en que se comienza a percibir la pensión de jubilación, constituyéndose, de este modo, una nueva relación jurídica entre ambos sujetos”, García Muñoz, M. en “La naturaleza novatoria extintiva del pacto de prejubilación” *TL* n^o 67/2002, págs. 243 y 244.

desempleo y se le compensa económicamente con unas rentas que intentan aproximarse al nivel de retribución que el trabajador disfrutaba cuando estaba en activo. Junto a ello, y al objeto de mantener los derechos del trabajador para futuras prestaciones, se suscribe un convenio especial con la Seguridad Social para seguir cotizando al sistema y así no ver afectadas sus carreras de seguro en el momento que hayan de jubilarse (o padezcan otra contingencia)¹⁷.

Aunque, en la mayor parte de las sentencias que se comentan, las extinciones de las relaciones laborales se produjeron en el año 2002, a través de un Acuerdo de prejubilación, los representantes de los trabajadores de Banesto, tras la reforma de la legislación en materia de jubilación anticipada de la Seguridad Social, suscribieron un Acuerdo colectivo el 29 de abril de 2009 con la finalidad de que “resulten aplicables las condiciones de jubilación anticipada del art. 161 bis 2 de la LGSS”.

Ello produjo que los trabajadores prejubilados novaran sus Acuerdos individuales de prejubilación para ajustarse al Acuerdo colectivo de 29 de abril de 2009.

Reconociendo la existencia de este “pacto novatorio”, en las sentencias 1302/2013, de 19 de marzo, ponente Segoviano Astaburuaga y 1318/2013, de 20 de marzo, ponente Agustí Juliá, se indica que el INSS y la TGSS “*no han interesado su revisión en la fase del recurso de suplicación, por lo que no cabe plantear en este momento procesal un hecho nuevo*”.

Pero incluso aunque se hubiera entrado a examinar dicho Pacto el mismo hubiese debido considerarse ajustado a Derecho y, por supuesto, válido porque aunque el art. 1257 CC consagra el denominado “principio de relatividad”, esto es, que el contrato sólo puede imponerse entre quienes lo han formalizado, excluyendo de la posición de acreedor y deudor (derechos y obligaciones que emanan del mismo) a quien no haya concurrido en la formación de la voluntad¹⁸, lo cierto es que de siempre se ha admitido la llamada “oponibilidad” de contrato frente a terceros, a quienes se les impone el respeto a la situación que el contrato ha generado entre las partes, precisamente por la interdependencia existente entre las personas en la sociedad.

Pero es que, además, como hemos apuntado, el Acuerdo de prejubilación es un acuerdo privado entre empresario y trabajador de carácter económico que sirve para financiar esa situación “puente” sin actividad laboral hasta el

¹⁷ Sobre este tema, in extenso, vid., Poquet Catalá, R., en “Convenio Especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”, AL, t.1, nº 1, 2011.

¹⁸ Como indica la STS 1436/2014, de 18 de marzo, en su FD 2º ello forma parte del llamado “efecto directo o negocial” que se ha definido como “la creación del deber de observancia de la regla contractual y la proyección del contrato sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato”.

momento en que se produce el hecho causante para acceder a la pensión de jubilación, anticipada u ordinaria y que en tal sentido no afecta a la Seguridad Social porque su financiación es privada.

Evidentemente, la pregunta que toca hacernos es si es “ajustado a Derecho” o “es fraude de ley” novar un contrato de prejubilación inicialmente dirigido a una jubilación anticipada, a “la histórica prevista en la DT 3^a de la LGSS” precisamente para adaptarlo a una modificación legislativa que establece otra modalidad de jubilación anticipada más beneficiosa económicamente para el trabajador introducida por el art. 3.3 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Según el artículo 6.4 del Código Civil se consideran en fraude de ley “*los actos realizados al amparo del texto de una norma jurídica que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él*”, tales actos “*no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”.

Lo primero que ha de decirse al respecto es que ha de recordarse que es sólida la doctrina judicial que reconoce que el fraude de ley no se presume y que ha de ser acreditado por quien lo invoca. Desde luego, era función del INSS en este caso haber presentado las correspondientes pruebas, directas o indirectas, que demostraran la intención de los prejubilados o de Banesto de defraudar obteniendo con ello “un resultado prohibido por el ordenamiento”. Cosa que no hizo la entidad gestora. Y no lo hizo porque, como se dirá a continuación, era imposible hacerlo.

Y es que en los supuestos que dan origen a las sentencias que se comentan falta un elemento importante para que se pudiera reconocer el fraude de ley: la novación de los Acuerdos de prejubilación no perseguían un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Estos Acuerdos sólo suponían una actualización o adecuación de las condiciones de los prejubilados para el acceso a la jubilación anticipada de conformidad a la nueva regulación de esta situación producida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Y ello porque el inicial pacto individual de prejubilación se había realizado teniendo en cuenta la legislación vigente, menos favorable, en el momento del cese de la relación laboral de los trabajadores maduros de Banesto.

Habiendo querido el legislador mejorar las condiciones de acceso a la jubilación anticipada algunos años más tarde para todos los ciudadanos, y no solo para los prejubilados, la representación sindical consiguió que la empresa llegara a un Acuerdo colectivo en abril de 2009 que tuviera en cuenta las modificaciones legales del art. 161 bis 2 de la LGSS, que por virtud de la Ley 40/2007, entraron en vigor el 1 de enero de 2008. O dicho en palabras del Tribunal Supremo, en la mayoría de estas sentencias, “*al ser modificadas dichas condiciones legales, no es que el Banco y los trabajadores suscriban un contrato fraudulento para acceder a la jubilación anticipada, sino que se limitan a pactar las condiciones -sustituyendo a las establecidas en el primitivo contrato de prejubilación- que*

permitan al trabajador acceder a la jubilación anticipada en las condiciones establecidas por la nueva norma. De interpretarse como pretende la Entidad Gestora se haría de peor condición al trabajador prejubilado con anterioridad a la aparición de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que al que se prejubilaba con posterioridad y que, a la vista del contenido de la norma, acuerda unas condiciones de prejubilación acordes con las exigencias de la misma”.

Abundando en ello, y como ya se ha apuntado, no puede haber fraude pues no media vulneración alguna de precepto imperativo o prohibitivo, sino el ejercicio legítimo “del derecho a mejorar las condiciones de acceso a las prestaciones; es más, negarle esa posibilidad a los trabajadores prejubilados antes de la entrada en vigor de la ley 40/2007 y jubilados con posterioridad a ella, significaría no tanto una censurable interpretación restrictiva de los derechos, cuanto como demorar –arbitraria e ilegalmente- la vigencia de las normas” (STS 1436/2014, de 18 de marzo).

3. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA TRAS LA LEY 40/2007

3.1. Los supuestos de anticipación de la edad de jubilación

La anticipación de la edad ordinaria de jubilación integra dos situaciones bien diferenciadas. De un lado, la reducción de la edad ordinaria, que es una medida adoptada por el legislador por la cual se rebaja la edad de jubilación ordinaria a determinados colectivos y que trae su causa bien en las especiales condiciones del sector o bien en las características psicofísicas del trabajador. Más que una anticipación de la jubilación supone el establecimiento de una edad inferior, para colectivos donde los estudios indican que son trabajadores con una esperanza de vida inferior al resto, pero que por ello no ven mermada o afectada la cuantía de pensión.

De otro lado, se encuentra la genuina jubilación anticipada que se establece como un derecho de opción del trabajador, que cumpla los requisitos que se establezcan para anticipar su jubilación, entre ésta y la obtención de la pensión a la edad ordinaria. Tal opción lleva consigo, en caso de elegir el adelanto de edad, la aplicación de reglas de cálculo en la pensión que la reducen respecto a la que se podría obtener en caso de jubilarse a la edad legalmente establecida. Se trataría de “compensar” el mayor período de disfrute de la pensión de jubilación con una reducción de la cuantía a obtener¹⁹.

¹⁹ Monereo Pérez, J.L., op. cit. pág. 188 o López Cubre, L., La prejubilación, op. cit. pág. 73, lo entienden como una “penalización”. Creemos que realmente no lo es ya que el trabajador accede a una edad inferior a la pensión; ello no le penaliza, a nuestro juicio, ya que lo que se produce es un reajuste en aplicación de elementales criterios actuariales para el cálculo de la pensión.

Evidentemente, ambos casos tienen en común el que el trabajador se retira de la vida activa con una edad inferior a la ordinaria de jubilación y con su correspondiente pensión.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social vino a introducir con, a nuestro juicio, una desafortunada técnica legislativa el art. 161 bis de la LGSS en la que entremezcla la situación de reducción de la edad de jubilación -que, en puridad, como se dijo anteriormente, no es más que el establecimiento de una distinta edad de jubilación inferior a la ordinaria para determinados colectivos- con la jubilación anticipada.

3.2. Las modificaciones a la jubilación anticipada producida por la Ley 40/2007

La jubilación anticipada ha podido servir como una fórmula de política de empleo al retirar del mercado de trabajo a los trabajadores de edad madura a los que les resulta ciertamente complicado encontrar, a su edad, un puesto de trabajo.

Y, por supuesto, como se dijo anteriormente, en combinación con las prestaciones de prejubilación, ha servido como eficaz fórmula para ajustar y reestructurar plantillas, en situaciones de crisis o reconversión industrial, incluso ante situaciones de simple reorganización de los recursos humanos en grandes empresas.

Hasta 2002, como se conoce, eran varias las causas de jubilación anticipada en nuestro sistema de Seguridad Social²⁰, pero quizás la más usada era la que se establecía en la DT 3.2 de la LGSS, que suponía una norma de carácter transitorio para un colectivo determinado: los mutualistas. Se trata de una situación que finalizará en el 2015²¹. La prestación de jubilación a obtener iba a ver reducida su cuantía aplicando una serie de coeficientes o porcentajes dependiendo de la voluntariedad o involuntariedad²² de la extinción del contrato de trabajo y de la carrera de seguro demostrada.

El Acuerdo de Pensiones de 2001²³, y su plasmación en la reforma in-

²⁰ Los únicos supuestos de jubilación anticipada que se observaban en nuestro ordenamiento serían la jubilación parcial respecto de los menores de 65 años, evidentemente; y, de otro lado, la jubilación a los 64 años como medida de fomento del empleo para trabajadores por cuenta ajena cuya empresa los sustituyan por otros (medida que ha sido derogada recientemente por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, con fecha de efectos de 1 de enero de 2013).

²¹ En esta fecha ya habrán cumplido 65 años todos los mayores de 16 años, y por tanto posibles mutualistas, el 1 de enero de 1967.

²² Las consideraciones meliorativas respecto de la jubilación anticipada por extinción involuntaria de la relación laboral fueron introducidas por la Ley 24/1997 de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

²³ Véase sobre el mismo, Álvarez Cortés, J.C., en “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001”, TL n^o 61/2001, págs. 373 y sigs.

troducida por el RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible y, finalmente, el RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la ley 35/2002 de medidas sobre jubilación gradual y flexible²⁴, trajeron consigo el reconocimiento del derecho a la jubilación anticipada con carácter general. Ello venía a suponer despegarse de forma importante respecto de lo establecido en la Recomendación 10ª del Pacto de Toledo donde en su apartado a) se decía que como medida correctora se desincentivaría la jubilación anticipada.

Pues bien, como acabamos de decir, con las medidas adoptadas en estas normas se consiguió generalizar la jubilación anticipada a todos los beneficiarios del sistema que cumplieran una serie de requisitos.

Para acceder a la jubilación anticipada por parte de los “no mutualistas”, se debería ser mayor de 61 años; estar incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales que contemplaran el derecho a la jubilación anticipada²⁵; se debía acreditar un período mínimo de cotización efectivo de 30 años²⁶; que el cese en el trabajo no se haya originado por causa imputable al trabajador (que más o menos venían a coincidir con las situaciones legales de desempleo del art. 208 de la LGSS)²⁷; y, finalmente, sería necesario que el trabajador se encontrara inscrito en las oficinas del servicio público de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses a la fecha de solicitud de jubilación anticipada.

Aunque en la redacción inicial de la jubilación anticipada “involuntaria”, que se recogía en el art. 161. 3 de la LGSS, producida por el RD-Ley 16/2001, se entendía “por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quién, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma”, muy pronto la Ley 35/2002, añadió que los requisitos exigidos referidos a encontrarse inscritos

²⁴ A las que ha de añadirse la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

²⁵ Esto es, se excluyen a los trabajadores autónomos, agrarios y empleados del hogar.

²⁶ Sin que, a tales efectos se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Esta norma, sin duda, fue el inicio del declive de la teoría de los “días cuota” aplicada a la protección por jubilación.

²⁷ En el caso de despidos colectivos, se requerirá que se trata de trabajadores pertenecientes a empresas sujetas a expedientes de regulación de empleo. En el supuesto de extinción de contratos derivados de un expediente de regulación de empleo, promovidos por empresas que no se encuentren inmersas en un proceso concursal, aquél deberá llevar como anexo un acuerdo en cuyas cláusulas se obliguen a financiar un convenio especial con la TGSS y hasta la edad de 65 años, y cuyo coste deberá ser soportado, salvo pacto en contrario, por empresario y trabajadores en la misma proporción en que se cotiza por contingencias comunes en el régimen general de la Seguridad Social.

como demandantes de empleo y de “involuntariedad” “no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y durante al menos los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo anual, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social”. Finalmente aquilitando la Ley 52/2003, que se entiende como involuntario el cese en la relación laboral “cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1” de la LGSS.

Así pues, cumpliendo los requisitos, podría obtenerse una pensión de jubilación anticipada cuyo coeficiente reductor dependía del número de años cotizado previamente por el solicitante.

Tras estas reformas empezaron a darse problemas para el acceso a la jubilación anticipada por parte de los prejubilados ya que el Tribunal Supremo en una serie de sentencias estimó que la extinción del contrato de trabajo en el marco de expedientes de regulación de empleo, con acuerdo, debía entenderse como una situación voluntaria de extinción del contrato²⁸, doctrina que fue superada o corregida, al entender tales ceses como involuntarios, por las STS de 24 de octubre de 2006 o 17 de enero y 17 de abril de 2007. Se trataba, evidentemente, de asuntos cuyos hechos causantes eran anteriores a la Ley 35/2002 que ya contemplaba como situación involuntaria de cese en la relación laboral por “acuerdo colectivo”.

La Ley 40/2007 respecto de la jubilación anticipada viene a “mantener intactos sus aspectos esenciales”²⁹. Lo que hace esta norma es crear una art. 161 bis en la LGSS para separar los casos de anticipación de la edad de jubilación, y regulando en el segundo apartado de este nuevo precepto los supuestos de jubilación anticipada³⁰.

Sigue este precepto recogiendo como cese involuntario la extinción del contrato de trabajo por acuerdo colectivo y añade “o contrato individual de prejubilación”, por supuesto, manteniendo la obligación del empresario de abonar las cantidades anteriormente previstas en concepto de prestación por desempleo y cuotas para el Convenio Especial con la Seguridad Social.

²⁸ Por todas, pueden verse, las SSTS de 22 de enero de 2003, de 12 de julio de 2004, de 17 y 18 de enero de 2006.

²⁹ Como indica Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., en *Ley de medidas en materia de Seguridad Social*, Thomson-Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 83

³⁰ Con deficiente técnica legislativa como dijimos anteriormente al mezclar los supuestos de jubilación anticipada con los de jubilación a edad reducida y llamándolos a todos “jubilación anticipada”.

Más aún, esta norma tiene cierto “carácter retroactivo” puesto que la DF 3ª de la Ley 40/2007 venía a “recuperar los derechos” de los pensionistas de Acuerdos de prejubilación en expedientes de regulación de empleo que fueron afectados por la doctrina inicial del Tribunal Supremo³¹, por ello indica que “las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004³² y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario”³³ y permitía la revisión a instancia de parte tanto de las cuantías como de las resoluciones denegatorias por tal motivo.

La otra mejora, que es la que interesan los prejubilados de Banesto en las STS objeto de este comentario, se refería al porcentaje aplicable a modo de coeficiente reductor por jubilación anticipada que pasaría del 8% de la DT 3ª de la LGSS a otro algo más reducido, en un arco entre el 6 y el 7,5%, que dependía del número de años cotizados de forma previa a la Seguridad Social.

Es al amparo de esta norma, y la modificación del art. 161 bis 2 de la LGSS producida por la misma, por lo que los representantes sindicales de Banesto lograron un Acuerdo en 2009 de mejora de la situación de los prejubilados y, a partir del mismo, se suscribieron Acuerdos novatorios individuales con el objeto de acceder a las nuevas condiciones normativas.

Habiendo dejado claro ya anteriormente la validez y eficacia de los mismos, tanto por el Acuerdo en sí como por la inexistencia de fraude de ley, nos queda examinar algunas cuestiones de interés respecto de las sentencias que se comentan.

Solo en dos de ellas, la de 14 de marzo de 2014, ponente Salinas Molina, y la de 18 de marzo de 2014 ponente De Castro Fernández, hacen referencia a un peregrino argumento del INSS en el cual se venía a indicar que el prejubilado no tenía relación con la Seguridad Social “por inexistencia de la relación laboral que exige el art. 7.1 de la LGSS”, con fundamento y contundencia, el

³¹ Y a reparar con ello los daños causados con una jurisprudencia que afortunadamente ha cambiado su tendencia, como indica, López Cumbre, L., en “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, op. cit., pág. 713.

³² Fecha en la que entró en vigor, por cierto, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social en la que en su DA 2.1 entendía como cese involuntario todas las situaciones legales de desempleo a las que se refería el art. 208 de la LGSS, entre ellas, la extinción de la relación laboral por expedientes de regulación de empleo.

³³ La DF 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, indica, de un lado, que “*A efectos de la aplicación del requisito a que se refiere la letra d) del apartado 2 del artículo 161 bis y el párrafo tercero de la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se considerará, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre 1 de enero de 2004 y la fecha de entrada en vigor de la presente Ley motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo tienen carácter involuntario.*

Las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados.”

Tribunal Supremo recuerda que “*en modo alguno puede aceptarse la tesis de la sentencia recurrida respecto de que el demandante al cesar de prestar servicios en Banesto se sitúa fuera del sistema de Seguridad Social pues con ello se desconoce que el Convenio Especial con la Administración de la Seguridad Social (art. 125.2 LGSS) comporta la iniciación o continuación de la situación de alta o asimilada al alta...*” y que tiene por objeto la cotización para las contingencias comunes, ex art. 1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

De otro lado, no puede pretenderse, como lo hace la entidad gestora, que sea inaplicada la nueva redacción del art. 161 bis 2 de la LGSS por el motivo de que el Acuerdo de prejubilación fue anterior a la reforma legislativa y por ello habría de aplicarse la legislación anterior. A este respecto, indica el TS que lo importante no es la fecha en el que se suscribió el Acuerdo de prejubilación, sino en el momento en que se solicitó la pensión de jubilación alcanzada la edad legalmente establecida para la modalidad, su modalidad “anticipada”. Y es que “*los requisitos exigibles y las consecuencias jurídicas atribuibles a la prestación de jubilación han de concurrir y vienen determinadas por la fecha del hecho causante que tratándose de “trabajadores en situación asimilada al alta –y con Convenio Especial, añadimos- se identifica con el momento de solicitar la pensión” (STS 28 de octubre de 1994, rcud 394/1994).*

Evidentemente, si el hecho causante se produce estando ya en vigor el art. 161 bis 2 de la LGSS, introducido por la Ley 40/2007, esto es, a partir de 1 de enero de 2008, ha de ser aplicable esta nueva norma. Es en dicho momento en el que ha de examinarse si concurren los requisitos exigidos por la norma para causar la pensión de jubilación anticipada³⁴.

4. LA PREJUBILACIÓN ANTE LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

La facilitación de ceses o extinciones de los contratos de trabajo de las personas en edad madura supone o ha supuesto un coste importante para las empresas, para la hacienda pública y, también, para el sistema de Seguridad Social.

La cuestión demográfica y el aumento de la esperanza de vida, junto con una disminución importante de cotizantes a causa del exorbitante incremento de las

³⁴ Sobre el hecho causante de la pensión de jubilación puede verse, *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Barrios Baudor, G.L. y Sempere Navarro, A.V., Aranzadi, Elcano, 2000, págs. 86 y sigs. Haciendo referencia, en la pág. 87, de una Resolución de la DGOJECSS de 23 de junio de 1994 y Criterio de aplicación 94/8, en la que se indica que en los supuestos de Convenio Especial, como el que nos atañe, “el hecho causante tendrá lugar en el momento en que se hubiera producido la concurrencia de requisitos” para acceder a la pensión de jubilación. Lo cual entra en la lógica jurídica que argumenta el Tribunal Supremo en estas sentencias y que las entidades gestoras parecen desconocer, yendo en contra de sus propios criterios interpretativos.

tasas de desempleo durante la crisis económica, trae consigo la promoción de la idea de alcanzar una mayor permanencia en el mercado de trabajo de las personas en edad madura. Aunque la idea principal ha sido evitar el enorme coste de las jubilaciones anticipadas y con ello “mantener” la viabilidad del sistema de pensiones, esta idea ha sido adornada con otras más elaboradas en el marco del “envejecimiento activo”, que señalan cuestiones como que retirar a las personas del mercado de trabajo en edad madura supone privar al sistema productivo de trabajadores cualificados y capacitados o hacer notar la posible discriminación por motivos de edad en la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad madura.

Es por ello que el legislador en estos años ha modificado nuevamente el régimen de la jubilación anticipada, buscando precisamente dificultar el recurso a la misma por parte de la negociación colectiva informal de empresa, fundamentalmente, en el marco de los expedientes de regulación de empleo, mediante la elevación de sus estándares legales³⁵.

En la renovación del Pacto de Toledo respecto de la jubilación anticipada, la Comisión se limitó a recomendar que se reserve o limite a quienes tengan carreras largas y opten voluntariamente por jubilarse y a colectivos que realicen actividades concretas y a discapacitados con menos esperanza de vida. De ahí, y de otras “recomendaciones” de la Unión Europea, las reformas últimas, que a continuación se describen sucintamente, de la jubilación anticipada.

4.1. Las modificaciones en la jubilación anticipada producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social

Con causa en el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social introdujo importantes cambios respecto de la jubilación anticipada (y en otras materias).

Además de eliminarse la jubilación especial a los 64 años establecida en el Real Decreto 1194/1985, se establecían dos modalidades de jubilación anticipada³⁶ con carácter general para cualquier trabajador que cumpliera los requisitos: la voluntaria y la involuntaria.

- La jubilación anticipada voluntaria podría hacerse desde los 63 años, siempre que se tengan 33 años cotizados al menos, reduciéndose un 7,5% por

³⁵ Vid.. Elorza Guerrero, F.: “La negociación colectiva informal en la empresa sobre jubilación: algunas reflexiones sobre el principio de igualdad y no discriminación”, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona 29 y 30 de mayo de 2014, pág. 8.

³⁶ Sin contar con la jubilación parcial “anticipada” que sigue vigente, y aunque tiene un periodo transitorio para su puesta en vigor tras la reforma, creemos que es una figura que, si se nos permite el símil, esta “herida de muerte” al obligarse al empresario a cotizar por el jubilado parcial como si estuviera trabajando a tiempo completo. Ese encarecimiento de la cotización, producirá el desuso de esta figura, sin duda alguna.

cada año de anticipación (recuérdese que la edad de jubilación puede ser de 65 ó 67 años, según el período previo cotizado). En cualquier caso, no se puede acceder si acreditados los requisitos el importe de la pensión, aplicados los coeficientes reductores por trimestres, fuese inferior a la pensión mínima.

- La jubilación anticipada involuntaria tiene como principal elemento de referencia la extinción del contrato de trabajo en empresas en crisis, ya no hay una referencia a la involuntariedad que conllevan las situaciones legales de desempleo del art. 208 de la LGSS. Los únicos casos previstos son los de despidos colectivos u objetivos por causas económicas o por fuerza mayor, resolución judicial en proceso concursal, y muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual o extinción de la personalidad jurídica contratante o extinción por víctima de violencia de género³⁷.

En estos supuestos, la edad de jubilación podía anticiparse hasta los 61 años cuando se tengan también 33 años cotizados y aunque el coeficiente reductor era el mismo, esto es, el 7,5%, el mismo se encuentra limitado al 42% como máximo si la edad de jubilación es a los 67 años o al 33% como máximo si la edad de jubilación fuera la de 65 años.

Este sistema respeta los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores en EREs, ERTes, convenios colectivos o acuerdos de empresa o decisiones de procesos concursales anteriores a la firma del Acuerdo de 2011, e independientemente del momento en que se jubilen anticipadamente se les aplicará la legislación anterior respecto de la que se acordó su jubilación anticipada³⁸.

³⁷ No se entiende como extinción involuntaria cualquier otro despido, ni la extinción en base a los arts. 40, 41 y 50 ET, ni expiración del tiempo convenido, ni la extinción durante el período de prueba, y, lo que resulta más llamativo, despidos objetivos o colectivos que no sean por causas económicas. En cambio, Vicente Palacio, A, entiende que el despido colectivo por causas económicas es una expresión “en sentido genérico, omnicomprensivo de toda la variedad de causas vinculadas a la empresa que autorizan el despido colectivo del art. 51.1 ET” ya que todos los trabajadores afectados por las causas del art. 51.1 (o 52 c), en su remisión a éste) su “extinción ha sido también involuntaria y ligada o motivada por la situación de crisis de la empresa”, en “Jubilación”, AAVV, Dir. Sempere Navarro y Fernández Orrico, *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2012, pág. 236.

³⁸ LA DF 12^a de la Ley 27/2011 indica que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley), a:

a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la Ley 27/2011.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley 27/2011, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

- Además, si alguien se jubila anticipadamente por estar topada la pensión, se aplica el coeficiente de 0,25 por trimestre a la cuantía máxima de la pensión.

Todo ello significa, como se apuntó, e independientemente del respeto a los Acuerdos de prejubilación anteriores a la publicación de la Ley 27/2011 (esto es, el 2 de agosto de 2011), por lo que nos interesa, que “tampoco se contemplan como tales los supuestos acordados individualmente con el trabajador mediante acuerdos colectivos o individuales o los contratos de jubilación, que introdujo la LMSS, sino que se considerarán en tal caso, al igual que los demás supuestos de jubilación voluntaria³⁹.

Además, y abundando en ello, independientemente de que se haya utilizado este motivo de “causas económicas”, y cualquiera que haya sido el sistema de selección de los trabajadores afectados en el expediente de regulación de empleo (selección por el empresario o adscripción voluntaria individual) “quedan claramente excluidos en este supuesto los acuerdos –individuales o colectivos de prejubilación- que por su voluntariedad, en su caso, podrían reconducirse al nuevo supuesto previsto en la letra B) del apartado 2 del art. 161 bis LGSS⁴⁰, esto es, la jubilación anticipada voluntaria.

A pesar de que ha desaparecido en la nueva regulación el párrafo que recordaba la “involuntariedad” de las extinciones de contratos de trabajo a través de Acuerdos individuales o colectivos de prejubilación cuando se cumplieran unas determinadas condiciones, se nos plantea una duda en la interpretación realizada por esta doctrina muy autorizada, sin duda. Y es que, podría ocurrir, caso hartamente improbable con la reforma del despido colectivo tras el RD-Ley y la Ley 3/2012 pero técnicamente posible⁴¹, que junto con el plan de recolocación al que se refiere el art. 51.10 ET podría acordarse en el período de consultas un acuerdo social que atenuara las consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, entre las que podría encontrarse un Acuerdo de prejubilación (recuérdese que el art. 51.2 ET pone

³⁹ Como indica Toscani Giménez, D., en “Las reformas introducidas en la jubilación anticipada por la ley 27/2011” RDDTSS nº 27 de 2011, pág. 216.

⁴⁰ Nuevamente, Vicente Palacio, A, op. cit., pág. 238.

⁴¹ Tras la reforma del 2012 las causas económicas no tienen por qué suponer que la empresa se encuentre en una situación de “ruina” económica, puesto que vale con que “se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”, pudiendo la empresa plantear un Acuerdo colectivo de prejubilación para ahorrar costes presentes o futuros. Volvemos a repetir, es improbable ya que en el nuevo procedimiento de regulación de empleo, es la empresa la que tiene la última palabra, pero no es una situación imposible.

ejemplos pero no concreta cuáles han de ser las medidas sociales)⁴². En tales hipotéticos supuestos el trabajador ha visto extinguido su contrato de trabajo por un expediente de regulación de empleo por causas económicas, y por tal involuntariamente, pero al mismo tiempo se vería beneficiado por un Acuerdo de prejubilación y tal situación, no le impediría, a nuestro juicio, acceder a la jubilación anticipada de carácter “involuntario” del art. 161 bis 2 A LGSS.

La única excepción sería, quizás, la establecida por la DA 16^a de la Ley 27/2011, que regula la situación de empresas con beneficios que realizan despidos colectivos, que afecten a trabajadores de más de 50 años a las que se obliga a realizar aportaciones económicas al Tesoro Público, desarrollado por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. En estos supuesto, claramente, al ser despidos por causas no económicas ya que se trata de empresas con beneficios, el trabajador en edad madura tendría que acudir, en caso de no querer esperar a la edad ordinaria de jubilación, a la jubilación anticipada de carácter voluntario establecida en la letra B del art. 161 bis 2 LGSS.

4.2. La regulación actual tras el RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo

Esta norma justifica la modificación de la jubilación anticipada, en su Exposición de Motivos, en la sostenibilidad del sistema de pensiones que precisa *“que los parámetros esenciales que determinan el acceso a la protección o la cuantía de las prestaciones se adecuen a las circunstancias y realidades sociales y económicas en que ese sistema se desenvuelve. Resulta, por tanto, esencial que la edad de acceso tenga en cuenta la variación de la esperanza de vida tanto cuando el acceso se produce a la edad legalmente establecida, como en los supuestos en que el acceso es posible a una edad inferior. En este sentido, las medidas adoptadas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, resultaban insuficientes para garantizar la viabilidad del sistema en el largo plazo, al*

⁴² De hecho, el cese de los “prejubilables” ya comporta importantes obligaciones económicas para las empresas, como se recuerda, el art. 51.9 ET indica que cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de tales trabajadores. La duración de dicho convenio especial, ex DA 31^a LGSS, abarcará el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad establecida para la jubilación ordinaria.

permitir un alejamiento paulatino entre la edad legal de jubilación y la edad a la que es posible acceder a una jubilación anticipada, y favorecer, en determinadas ocasiones, las decisiones de abandono temprano del mercado laboral.”

Las modificaciones respecto de la regulación de la jubilación anticipada del RD-Ley 5/2013 mantienen la misma estructura: entre jubilación anticipada que deriva de la voluntad del interesado y jubilación anticipada “por causa no imputable al trabajador”.

a) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada “voluntaria”, viene a modificarse la edad, puesto que ahora ya no son los 63 años, sino que se exige una edad inferior a dos años, como máximo, a la edad legal ordinaria de jubilación que corresponda. Ello se realiza de este modo ya que nos encontramos, tras la Ley 27/2011, en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación.

De otro lado, se aumentan en dos años, esto es, a 35 años, el período mínimo de cotización exigido para acceder a este tipo de jubilación anticipada.

Finalmente, se establecen coeficientes nuevos (pasando de los dos anteriores a cuatro con esta modificación) teniendo en cuenta que para carreras de seguro inferiores a 38 años y medio se aumenta el coeficiente, lo cual tendrá efectos desincentivadores al obtener pensiones de jubilación más reducidas aún si cabe. El resto de tramos que se añaden sirven para seguir reduciendo cuantías ya que el coeficiente que antes se aplicaba de 1,625% por trimestre “para trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más”, ahora se obtiene cuando se acredite “un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses”, lo que demuestra el reforzamiento de la contributividad para la obtención de tales beneficios.

b) Por lo que se refiere a la jubilación anticipada “involuntaria” o por causa no imputable al trabajador, también viene a modificarse la edad de 61 años mínimos para acceder a la pensión de jubilación anticipada por otro que ha de ser “inferior a 4 años, como máximo” a la edad de jubilación ordinaria. Los motivos son los mismos que expusimos anteriormente, ello es así porque estamos en un período transitorio hacia los 67 años como edad de jubilación.

También se modifican los coeficientes, en este caso mejorándolos según carreras de seguro que demuestre la persona que se quiere jubilar anticipadamente, pasando de 2 a 4 tramos, siendo el más alto si se tiene una carrera de seguro inferior a 38 años y medio y el más bajo si la carrera de seguros es igual o superior al 44 años y seis meses.

Importante modificación es que la involuntariedad ya no es por “crisis o cierre de la empresa” sino por “reestructuración empresarial que impida la continuidad en la relación laboral”, ello trae como principal consecuencia la inclusión de las causas organizativas, técnicas y de producción cuando se aplican los arts. 51 y 52 c) del ET a la hora de extinguir los contratos de trabajo.

Exigiendo en tales casos, para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada “el acreditar haber percibido la indemnización correspondiente por la extinción del contrato” o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha extinción o indemnización.

Ha de tenerse en cuenta que con esta nueva redacción se justifica, más aún si cabe, nuestra opción interpretativa anterior ya que, sin tratarse exclusivamente de causas económicas⁴³, admitiéndose las organizativas, técnicas y de producción, sería posible que junto a los expedientes de regulación de empleo se negociaran en Acuerdos sociales con planes de prejubilación, en los que cabría nuevamente la posibilidad de acceso “involuntario” de los prejubilados, ya que son supuestos de reestructuración empresarial que impiden la continuidad de la relación laboral. E incluso podría incluirse ahora, dentro de las extinciones involuntarias, tras el RD-Ley 5/2013, la establecida por la DA 16^a de la Ley 27/2011, que regula la situación de empresas con beneficios que realizan despidos colectivos, que afecten a trabajadores de más de 50 años, ya que sus extinciones no fueron nunca económicas, sino organizativas o técnicas.

Como también dijimos, la eliminación del condicionante de autorización por parte de la Administración laboral competente en el expediente de regulación de empleo tras la reforma del RD-Ley y de la Ley 3/2012 hace quizás más complicada la adopción de este tipo de Acuerdos de prejubilación, ya que la decisión final está en manos del empresario, pero aunque improbables no son situaciones imposibles.

Caso de que ello ocurriera, no podría hablarse de que la extinción del contrato de trabajo fuese voluntaria sino por la “aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva en el marco de un expediente de regulación de empleo”⁴⁴, ya que los trabajadores están “compelidos” a aceptar la prejubilación como salida ventajosa de la empresa, siendo, en definitiva, “voluntarios con carácter forzoso”⁴⁵ y podría aplicarse en tales casos, por último, la doctrina del TS en su sentencia de 14 de abril de 2010, rec. 790/2009, que reitera la doctrina de que la jubilación anticipada motivada por un expediente de regulación de empleo tiene carácter involuntario.

En fin, si se produce algún supuesto habrá que esperar a lo que digan los Tribunales sobre la voluntariedad o involuntariedad de los ceses de este tipo si la entidades gestoras negaran los beneficios de la jubilación anticipada involuntaria.

⁴³ Como dijimos, con extinciones contractuales colectivas por causas económicas exclusivamente, es muy difícil, e improbable que no imposible, entender la adopción de un Acuerdo de prejubilación por el coste económico que el mismo conlleva.

⁴⁴ Vid., Monereo Pérez, J.L., op. cit., pág. 187.

⁴⁵ Vid., Martínez Barroso, M.R., op. cit., págs. 108 y 109.

LA IMPUGNACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES NACIDOS DEL ARBITRAJE OBLIGATORIO

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de fecha 4 de abril de 2014, en los recursos 184/2013 y 132/2013

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO¹: El presente recurso de casación ordinaria fue interpuesto por las sociedades Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.U. Operadora (en adelante Iberia Operadora) e Iberia Express, contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013, recaída en proceso seguido a instancia de la referida Iberia Express contra Iberia Operadora, el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas y la Sección Sindical SEPLA en Iberia, sobre impugnación de laudo arbitral.

El origen del conflicto, se remonta a la creación de Iberia Express planteado entre la empresa Iberia Operadora y el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas (SEPLA) y su sección sindical en la misma y otras cuestiones relacionadas con el proceso negociador del VIII Convenio colectivo para los tripulantes pilotos, lo que desembocó en varias jornadas de huelga por parte del SEPLA y la cancelación de cientos de vuelos. Respondiendo a la situación de conflicto y en cumplimiento de las facultades legales el Consejo de Ministros por Acuerdo de fecha 27 de abril de 2012, en base al marco legal ofrecido por el art. 10.1 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de

* José María Moreno Pérez. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

¹ Nuestra inicial referencia a dos sentencias y ante lo poco habitual que esta sección se dedique de forma conjunta a dos resoluciones judiciales, requiere aclaremos que si bien el desarrollo del presente comentario se centra en la Sentencia dictada en el recurso 184/2013, es indispensable que nos refiramos al contenido de la previa sentencia dictada por el TS con la misma fecha, en el recurso 132/2013. Ambas sentencias están vinculadas, hasta el punto de considerar que las mismas son primera y segunda parte de un todo único. Ambas tienen por objeto el arbitraje obligatorio impuesto por el gobierno para poner fin a la huelga de pilotos declarada en Iberia, ambas tienen por objeto la impugnación de laudos arbitrales del mismo árbitro, sobre el mismo conflicto, si bien siendo estos laudos arbitrales diferentes. Ambos tienen identidad de partes con alguna excepción, como veremos. En definitiva ambas sentencias están interconectadas en hechos pero sobre todo en fundamentación que, por economía procesal, se elude repetir invocando la segunda a la primera de ellas. Por ello damos prioridad a la segunda de las sentencias, sin que podamos ocultar el carácter *ex aequo* del comentario.

trabajo y en virtud de la redacción resultante de la STC 11/1981, de 11 de abril, se estableció un arbitraje obligatorio como medio de solución del conflicto, recayendo la designación en Jaime Montalvo Correo.

En cumplimiento de dicho mandato se dictaron tanto el laudo arbitral de fecha 21 de diciembre de 2012, objeto de valoración en la presente sentencia, así como un laudo precedente de fecha 24 de mayo de 2012 anulado por Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 2 de noviembre de 2012 impugnada en otro recurso de casación ordinaria, también resuelto el mismo día por la Sala del Tribunal en sentencia del mismo tenor y día de publicación.

La sociedad Iberia Express presentó demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra Iberia Operadora, el SEPLA, la Sección Sindical SEPLA en Iberia y el Ministerio Fiscal, instando, con carácter principal, la nulidad del laudo arbitral de fecha 21 de diciembre de 2012 dictado en el *conflicto planteado* entre la empresa Iberia Operadora y el SEPLA y su sección sindical en la misma.

La Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 11 de marzo de 2013 en la que, estimó la excepción de litispendencia entre aquella sentencia y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre 2012 (autos 178/2012), en la que decretaba la nulidad del primer laudo arbitral de fecha 24 de mayo de 2012 y en la que se acordó retrotraer el procedimiento arbitral para que fuera oída Iberia Express por estar recurrida ante el Tribunal Supremo y dado que tras tal audiencia a Iberia Express se dictó el laudo arbitral de fecha 21 de diciembre de 2012 impugnado a través de la demanda origen de las presentes actuaciones.

Contra la anterior sentencia – S Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2013 - interponen recursos de casación ordinaria tanto Iberia Express como Iberia Operadora, entendiendo, en esencia, que no cabe apreciar la excepción de litispendencia y que procede devolver las actuaciones a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional para que dicte una nueva sentencia sobre el fondo, descartando la excepción de litispendencia por inaplicable, siendo el Ministerio Fiscal, favorable a la desestimación de los recursos, en su informe.

RESUMEN: Los dos laudos (24-5-2012 y el 21-12-2012) que pusieron fin al conflicto entre Iberia y SEPLA han sido declarados nulos por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencias consecutivas, de la misma fecha y paralelos fundamentos, al considerar que el laudo contiene disposiciones que exceden del objeto del arbitraje y que limitan derechos de terceros.

La sentencia objeto de este comentario, desestima el recurso interpuesto por el SEPLA al estimar que Iberia y su filial no constituyen un grupo de empresas irregular y no tienen responsabilidad solidaria, por lo que la filial no podía considerarse representada en el arbitraje por la empresa matriz. Por otra parte, el conflicto origen del arbitraje afectaba únicamente a Iberia Operadora

y a sus pilotos, por lo que la imposición del arbitraje obligatorio del Consejo de Ministros según el art. 10 del Real Decreto Ley 17/1977 de Relaciones de Trabajo, no podía vincular a terceros ajenos al conflicto como era el caso de Iberia Express.

El arbitraje de equidad podía imponer a Iberia obligaciones con respecto a sus relaciones comerciales con Iberia Express (cesión de vuelos y de aviones) pero no podía limitar la actividad de ésta última ni obligarla a contratar a ciertos pilotos ni a que el régimen laboral de los pilotos de ambas fuese común, ni a que existiera un escalafón común de pilotos con trasvases de una a otra empresa.

La sentencia considera que la Audiencia Nacional no debió retrotraer las actuaciones del arbitraje, dada la naturaleza del procedimiento arbitral como procedimiento autónomo, que quedó agotado al dictarse el laudo, salvo que se celebre un nuevo convenio arbitral o se imponga un nuevo arbitraje obligatorio que amplíe el objeto del arbitraje, lo que solamente podría aplicarse a Iberia Express, como empresa no comprendida en el conflicto laboral arbitrado, si se produjese una huelga de su personal.

La Sala en su sentencia relativa al laudo arbitral, de fecha 21-12-2012, que fue dictado tras la anulación por la Audiencia Nacional del primero, que dispuso la reposición de las actuaciones para ser oída Iberia Express, acuerda estimar los recursos de Iberia LAE e Iberia Express y decreta la nulidad del laudo por las mismas razones que afectaban al primero y según lo resuelto en la sentencia previamente dictada el mismo día.

ÍNDICE:

1. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ART. 10.1 DEL REAL DECRETO LEY 17/1997
2. EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA LRJS
3. VALORACIÓN FINAL

1. LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ART. 10.1 DEL REAL DECRETO LEY 17/1997

El mandato constitucional, aguarda paciente el desarrollo del derecho fundamental mediante Ley Orgánica. Entre tanto el derecho de huelga ha permitido en nuestro ordenamiento un doble sistema de desarrollo. Por un lado el control del Tribunal Constitucional y de los demás Tribunales ordinarios, como así ha venido ocurriendo, fundamentalmente mediante sentencias como la STC 11/1981, de 11 de abril. Por otro lado la autorregulación por los interlocutores sociales, alcanzando acuerdos al respecto, por medio de la fijación

de reglas de conflicto laboral. Ambas soluciones son provisionales, y en modo alguno puede sustituir la obligación del legislador.

En tanto que una Ley Orgánica, define y protege su contenido esencial, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sigue siendo el marco normativo sobre el que se construye el ejercicio del derecho de Huelga en España.

El Gobierno, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar el establecimiento de un arbitraje obligatorio, con incumplimiento sancionable siempre que en el mismo se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros. El incumplimiento de este acuerdo podrá dar lugar a la imposición de sanciones (art. 10 Real Decreto-Ley 17/1977). En cuanto al arbitraje obligatorio, acordado por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, si se dan las excepcionales circunstancias previstas en el art. 10 Real Decreto-Ley 17/1977, el TC ha considerado inconstitucional el párrafo 1º del art. 10 del citado texto, «en cuanto al Gobierno para imponer la reanudación del trabajo, pero no en cuanto le faculta para instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros.

El arbitraje obligatorio impuesto por el gobierno es por tanto un mecanismo excepcional de solución de conflictos colectivos en caso de huelgas especialmente perjudiciales. Parece legítimo y útil contar con instrumentos con los que actuar ante las huelgas especialmente perjudiciales para los intereses de la ciudadanía. El problema es la articulación jurídica de dicho mecanismo, cuando como en nuestro sistema el derecho a la huelga tiene la condición de derecho fundamental, lo que le añade al sistema de control gubernamental una dimensión excepcional en tanto debe ser respetuoso con el derecho fundamental de huelga.

La STC 11/1981, nos ofrece, frente a la terminación de la huelga por decisión gubernamental el inmediato sometimiento del conflicto colectivo a arbitraje obligatorio o lo que es lo mismo la solución del conflicto mediante arbitraje obligatorio. De tal excepcionalidad en los laudos arbitrales obligatorios ex art. 10.I Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo tras la formulación dada por la STC 11/1981, de 11 de abril, y de su alcance limitado se hace eco la sentencia comentada en el fundamento de derecho tercero de la misma.

No estamos, por tanto, ante el nuevo modelo de arbitraje de carácter obligatorio introducidos por las sucesivas reformas laborales ex Real Decreto-ley 7/2011, Real Decreto-ley 3/2012, Ley 3/2012 o Ley 1/2014, de 28 de febrero, entre otros, en los arts. 82.3 o 86.3 ET. En el presente caso, como resulta incluso del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 27-04-2012, se establece un arbitraje obligatorio como medio de solución de la huelga declarada que afecta

concretamente a los tripulantes pilotos y a la empresa “*Iberia L.A.E., S.A.U., Operadora*”, y con alegado fundamento en el art. 10 párrafo primero del Real Decreto-ley 17/1977.

La entrada en vigor de la LRJS, terminó con la discusión acerca de la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del acuerdo gubernativo y del propio laudo, que por razones formales o de fondo, se situaba en jurisdicción contencioso administrativa². En sentido contrario, sentencias del TS como la de 27 enero 1999 (RJ 1999, 1265) sostenían que son los tribunales sociales a los que corresponde conocer las acciones en las que se impugne el contenido material del laudo.

Que duda cabe que la obligatoriedad del arbitraje, que escapa a la voluntad de los sujetos en conflicto, justifica con creces cualesquiera recelos en esta materia. Ahora bien, la excepcionalidad de las situaciones que permiten recurrir a este mecanismo, la protección de otros bienes y derechos constitucionales que justifica la intervención gubernamental, la necesaria imparcialidad del árbitro, el respeto de otros muchos requisitos de forma y de fondo, la tutela judicial y, en fin, el carácter privado del arbitraje, por mucho que su fundamento sea legal y obligatorio, permiten que esta figura excepcional encaje en el Ordenamiento español, que, como se sabe, reconoce constitucionalmente los derechos de huelga y de negociación colectiva, fuertemente limitados, por no decir suprimidos, por el mecanismo de defensa en cuestión. Aun así es indispensable vigilar estrechamente las intervenciones gubernamentales que se produzcan. Al fin y al cabo, está en juego la limitación de dos derechos constitucionales, el derecho de huelga y el de negociación colectiva.

2. EL ARBITRAJE EN EL MARCO DE LA LRJS

La Sentencia nos ofrece un material compilatorio, de alto contenido didáctico sobre el desarrollo del arbitraje, en el marco legal actual. La actual LRJS, ha venido a completar la omisión contenida en el art. 65.3 de la derogada LPL³ en que se hacía referencia a “*un recurso judicial de anulación del laudo*” sin desarrollar su contenido. También ofrece la LRJS una regulación que viene a paliar la exclusión directa de los arbitrajes laborales del ámbito de aplicación

² Así la STS 2 julio 1985 (RJ 1985, 3944).

³ Art. 65.3 LPL. También se suspenderán los plazos de caducidad y se interrumpirán los de prescripción por la suscripción de un compromiso arbitral, celebrado en virtud de los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos a que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos el cómputo de la caducidad se reanudará al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral; de interponerse un recurso judicial de anulación del laudo, la reanudación tendrá lugar desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte.

de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (art. 1.4), aun admitiendo su aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes (art. 1.3).

Es el propio Preámbulo de la norma quien pone en valor la solución arbitral, al reconocer que *“se refuerza la conciliación extrajudicial y la mediación, el arbitraje, con regulación de una modalidad procesal de impugnación del laudo y con previsión de la revisión de los laudos arbitrales firmes... ”*, con reflejo, especialmente en sus arts. 2.h) (ámbito del orden jurisdiccional social), 8.1 (competencia en instancia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), 9.c) (competencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de revisión de laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social), 10.h) (competencia territorial de los Juzgados de lo Social), 11.1.a) (competencia territorial en instancia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia), 23.4 (impugnación de los laudos por el FGS), 64.1 (excepción a la conciliación o mediación previa en los procesos de anulación de laudos arbitrales), 65.3 y 4 (laudos arbitrales y su impugnación), 68.2 (ejecutividad de los laudos arbitrales firmes), 153.2 (proceso de conflictos colectivos y tramitación impugnación de convenios colectivos y de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos), 163.1 (impugnación de convenios colectivos regulados en el Título III ET o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculcan la legalidad vigente o lesionan gravemente el interés de terceros) y 236.1 (revisión de laudos arbitrales firmes sobre materias objeto de conocimiento del orden social).

Superadas las cuestiones competenciales⁴, la normativa procesal aplicable para la impugnación de los laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada (art. 2.h LRJS), se encuentra recogida en la normas procedimentales contenidas en el apartado 4 del artículo 65 de la norma procesal laboral vigente que nos ofrece una auténtica modalidad procesal, pese a venir regulada en el Título V, dedicado a la evitación del proceso, lo que se complementa con el artículo 68.2 que regula la ejecución de los laudos arbitrales firmes, como los que pongan fin a los conflictos colectivos y en su caso los que sean competencia del orden social.

⁴ La entrada en vigor de la LRJS, terminó con la discusión acerca de la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del acuerdo gubernativo y del propio laudo, que por razones formales o de fondo, se situaba en jurisdicción contencioso administrativa (así la STS 2 julio 1985 - RJ 1985, 3944-). En sentido contrario, sentencias del TS como la de 27 enero 1999 (RJ 1999, 1265) sostenían que son los tribunales sociales a los que corresponde conocer las acciones en las que se impugne el contenido material del laudo.

Del fundamento quinto y apoyándose en los argumentos utilizados en la sentencia gemela del TS de la misma fecha y que responde al recurso 132/2013 se nos recuerda que el arbitraje obligatorio que establece el artículo 10 del R.D.L. 17/1977 es una institución jurídica para la solución extrajudicial de conflictos que tiene su naturaleza propia y especial y que debe ser interpretado de forma restrictiva, por cuanto supone una limitación de los derechos a la negociación colectiva y a la huelga. Esta naturaleza especial da lugar a que no sean de aplicación al procedimiento arbitral las normas que regulan los procesos judiciales.

El artículo 65-4 de la L.J.S., norma especial, regula el proceso de anulación de los laudos arbitrales por haberse resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, sin prever la subsanación de los errores en la tramitación del arbitraje. Incluso autoriza que la nulidad se pida por terceros perjudicados por lesividad, sin que tampoco en estos casos se prevea la anulación de las actuaciones para que se celebre nuevo arbitraje en el que sea parte el tercero.

En nuestro derecho el arbitraje es un procedimiento autónomo y la anulación del laudo por motivos como el que nos ocupa impide replantear la vía arbitral, pues ha quedado agotada, salvo que se celebre un nuevo convenio arbitral o se imponga un nuevo arbitraje obligatorio que amplíe el objeto del arbitraje (en este sentido S.TS. (1^a) de 2 de julio de 2007 (R. 2177/2000)).

El ámbito, subjetivo y objetivo, del arbitraje lo determina el convenio arbitral y en su caso el Acuerdo que impone el arbitraje obligatorio. En el supuesto que nos ocupa, el objeto del arbitraje era la huelga declarada en la empresa Iberia Operadora a instancia del SEPLA y su objeto era resolver las cuestiones suscitadas en el planteamiento y desarrollo de la huelga (Apartados Primero y Tercero del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2012). En ese Acuerdo no se incluyó, como parte ni como objeto del arbitraje, la existencia y forma de operar de Iberia-Express, sociedad ya creada y en funcionamiento. Por ende, esta empresa tiene la condición de tercero y no puede ser incluida como parte en el arbitraje por la simple decisión del árbitro, sino en virtud de un Convenio Arbitral que la misma suscriba o de un nuevo Acuerdo del Consejo de Ministros, decisión cuya legalidad requeriría una huelga del personal de Iberia Express que afectara a intereses generales, cual establece el art. 10 del R.D.L. 17/1977 para imponerlo, cosa que en modo alguno ocurrió.

3. VALORACIÓN FINAL

Desde el punto de vista de la eficacia no cabe duda que las sentencias que nos ocupan, no han venido a solucionar el problema de fondo. Realmente si

lo que pretendemos del Derecho y de la Justicia es la solución a los conflictos que se generan, las sentencias que valoramos no han cumplido esa función. De forma paralela a los recursos formulados y sin perjuicio de la necesidad de obtener un pronunciamiento sobre los mismos, el laudo (en su doble versión) quedó superado por el acuerdo de productividad alcanzado entre las partes el pasado mes de febrero, mucho antes de que las sentencias del TS nos devolvieran a la correcta aplicación del derecho sustantivo. El pacto permite el desarrollo de Iberia Express, al prever unas condiciones laborales propias para poder competir con rivales del sector, pudiendo la aerolínea filial de Iberia Operadora, aumentar su flota y contratar tripulación al margen de Iberia.

Si bien estos acontecimientos fueron previos al fallo de fecha 4.04.2012, del TS, no es menos cierto que ambas sentencias nos confirman en la vigencia y autonomía del arbitraje obligatorio como medio de superar o poner fin a procesos de huelga que puedan ser lesivos para la economía nacional; como también nos ofrece una lectura muy actualizada del encaje normativo del arbitraje laboral en nuestro ordenamiento jurídico y del procedimiento de impugnación de laudos a la vista de lo dispuesto en la LRJS. Ambas premisas evidencian claramente, bajo nuestra opinión, la necesidad de una regulación expresa de ambas realidades: el derecho fundamental de huelga y el arbitraje laboral.

La necesidad de la norma en materia de huelga está suficientemente argumentada por la doctrina. La carencia de la norma en materia de arbitraje se evidencia en situaciones como la descrita en el presente procedimiento. Tal y como se indica en la propia sentencia el arbitraje no es un procedimiento judicial, ni administrativo, lo que excluye la aplicación al mismo de las normas sobre conservación de los actos administrativos y procesales que se contienen en la Ley de Procedimiento Administrativo y en las Leyes de Enjuiciamiento Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes procesales.

Ni aun siendo el caso que nos ocupa un arbitraje tendría por objeto “resolver en equidad cuantas cuestiones se hayan suscitado en el planteamiento y desarrollo de la huelga”, puede generarse un marco tan amplio que permita aplicar principios o criterios de desarrollo de la institución que sean ajenas al acuerdo gubernamental o pacto arbitral que da entrada al laudo como solución de conflictos. El árbitro actúa como hombre bueno o componedor, sin que le sean exigibles especiales conocimientos jurídicos, porque, aunque debe motivar su decisión, no es preciso que la funde en normas jurídicas, exclusión que debe afectar a las normas procesales.

La determinación del ámbito objetivo y subjetivo del arbitraje, las reglas de su desarrollo, los principios que lo rigen, las bases de su autonomía, etc. habrían de ser objeto de desarrollo normativo expreso, en tanto que la institución arbitral en el ámbito laboral no tienen cabida en la vigente ley de arbitraje 60/2003, debido a la expresa exclusión de este. La negociación y los acuerdos

son los que abren su expectativa de continuar siendo un eficaz medio de solución de conflictos en el ámbito laboral. Quizás con esa regulación evitaríamos incurrir en soluciones arbitrales que como en el presente caso y pese a la necesidad de paliar con urgencia, el conflicto en beneficio de las partes y en evitación de causar daños a la economía nacional, solo hayamos conseguido dos sentencias con relevancia desde el punto de vista doctrinal.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO A SEPTIEMBRE DE 2014

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO-LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+. (BOJA NÚM. 140, 21 DE JULIO DE 2014; CORRECCIÓN DE ERRORES PUBLICADA EN EL BOJA NÚM. 143, 24 DE JULIO DE 2014).

La Exposición de Motivos establece que su finalidad será la de aprobar «distintas medidas destinadas a fomentar desde la Junta de Andalucía la generación de empleo en un sector de la población especialmente afectado por la crisis económica actual mediante la ejecución de proyectos de obras o servicios, en el supuesto de la Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el impulso del empleo 30+, o de proyectos de servicios, en el supuesto de la Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo».

En Título I del Decreto-Ley, rotulado como «Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el impulso del Empleo 30+» (arts. 1 al 6), se concreta:

- A) Objeto de las ayudas, ya definido en la Exposición de Motivos.
- B) El régimen jurídico aplicable, relacionándose el listado de las distintas disposiciones que son aplicables para regular las ayudas.
- C) Las personas destinatarias.
- D) Las entidades beneficiarias.
- E) Las disponibilidades presupuestarias, que para los años 2014-2015 alcanzan a 106.000.000 euros.

Este Título I desarrolla, en sus artículos 7 al 16, la «Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el impulso del Empleo 30+»; el siguiente epígrafe, el Título II, especifica los requisitos y características relativas a la «Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de Empleo» (art. 17 a 27); finalmente, el Título III (artículos. 28 al 43) desarrolla el «Procedimiento de concesión de la ayuda». El Decreto-ley se cierra con los correspondientes formularios de solicitud oficiales que se recogen en las págs. 36 a 49 del BOJA citado.

Los proyectos de «Iniciativa Cooperación Social y Comunitaria para el impulso del Empleo 30+» promueven «la creación de empleo en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, fomentando la contratación de personas de treinta o más años de edad desempleadas, por parte de los ayuntamientos para la realización de proyectos de cooperación social y comunitaria, que les permita mejorar su empleabilidad mediante la adquisición de competencias profesionales» (artículo 7). Podrán ser entidades beneficiarias de las distintas ayudas, los ayuntamientos andaluces.

Las ayudas se concederán por la contratación de personas desempleadas que tengan, al menos, 30 años cumplidos, conforme a los requisitos y criterios reseñados en el artículo 12. La cuantía de la subvención consiste en una cantidad a tanto alzado que se abonará en función del grupo de cotización a la Seguridad Social que se le aplica la persona contratada, siendo la cantidad más alta la correspondiente al Grupo 1 (1700,00 euros) y la baja a los Grupos 4 al 10 (13000,00 euros).

La «Iniciativa de Proyectos de Interés General y Social generadores de empleo» incentivará la contratación de personas desempleadas con, al menos, 30 años cumplidos que reúnan los criterios y requisitos del artículo 23; siempre que: a) se contraten para realizar proyectos de interés general y social; b) la contratación les posibilite mejorar su empleabilidad mediante la adquisición de competencias profesionales; y, c) fueren contratadas por entidades sin ánimo de lucro privadas con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y cuyo objeto social o fundacional se inserte dentro de las áreas o actividades relacionadas en el artículo 21.1.

La subvención, tal como se indica en el art. 19.2, «será igual al resultado de multiplicar el número de personas trabajadoras desempleadas contratadas por el número de meses de duración del contrato y por el importe del módulo que le corresponda en función del grupo de cotización a la Seguridad Social, con independencia de la retribución que finalmente reciba la persona trabajadora, con un límite máximo de 200.000 euros».

El Decreto-Ley 9/2014, que entró en vigor el día 22 de julio de 2014, no establece ninguna derogación expresa, acude a la fórmula genérica de derogar todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusieron al mismo; al mismo tiempo, introduce una nueva redacción para las siguientes disposiciones:

a) El primer párrafo del art. 7 y los apartados 3 y 4 del art. 14 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo,

b) De la Decreto-ley 1/2014, de 18 de marzo, por el que se regula el Programa de Impulso a la Construcción Sostenible en Andalucía y se efectúa la convocatoria de incentivos para 2014 y 2015, se modifican, el apartado 1 c) del artículo 12, apartado 1.f) del artículo 13, párrafo primero del apartado 1.1.b) del artículo 14.

c) En el Decreto-ley 6/2014, de 29 de abril, por el que se aprueba el Programa Emple@Joven y la «Iniciativa @mprende+», procede a adicionar un nuevo párrafo al artículo 14; modifica la letra d) del artículo 16; modifica el apartado 3 del artículo 19; modifica la letra a) del apartado 1 del artículo 58, se modifica el artículo 66, modifica el apartado 3 del artículo 68; adiciona una nueva letra f) en el apartado 1 del artículo 70; modifica el apartado 2 del artículo 70; modifica el apartado 1 del artículo 73; y adiciona una nueva disposición adicional tercera. En lo que se refiere a las solicitudes incluidas en los Anexos, se reelaboran los números I, II, VI.

d) Modifica el apartado g) del artículo 9.1 del Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la inclusión social a través del empleo y el fomento de la solidaridad en Andalucía.

DECRETO 114/2014, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL MARCO REGULADOR DE LAS AYUDAS A EMPRESAS QUE SE CONCEDAN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA PARA LA REALIZACIÓN DE INVERSIONES DE FINALIDAD REGIONAL. (BOJA NÚM. 144, 25 DE JULIO DE 2014)

El artículo 58.2.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva para el fomento y planificación de la actividad económica, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado y conforme a lo indicado en los artículos 38, 131 y 149.1.11 y 13 de la Constitución Española. En este marco, que deberá respetar el contenido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se regulan las disposiciones a las que se someterán las ayudas que concedan tanto la Administración de la Junta de Andalucía, como sus entidades instrumentales.

Estas ayudas:

a) Tendrán como objetivo contribuir al desarrollo económico de Andalucía, apoyando la inversión y la creación de empleo de forma sostenible y, paralelamente, la cohesión económica, social y territorial de la Comunidad con la Unión Europea.

b) Abarcarán a cualquier sector, salvo aquellos excluidos por disposición del artículo 1.2 del Decreto 114/2014, que son los siguientes:

1. La pesca y la acuicultura, a los que se aplica el Reglamento (UE) núm. 1379/2013 del Parlamento Europeo y de Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de los productos de la pesca y de la acuicultura, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1184/2006 y (CE) núm. 1224/2009 del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) núm. 104/2000 del Consejo.

2. La producción primaria de productos agrícolas.

3. La transformación y comercialización de productos agrícolas, si el importe de la ayuda se determina en función del precio o de la cantidad de dichos productos adquiridos a productores primarios o comercializados por las empresas interesadas; y si, se repercute total o parcialmente sobre los productores primarios.

4. Las ayudas destinadas al cierre de minas de carbón no competitivas, conforme a la Decisión 2010/787/UE del Consejo.

5. Las ayudas a la inversión para favorecer los sectores del acero, del carbón, de la construcción naval, de las fibras sintéticas, de los transportes y la infraestructura conexas.

8. Las ayudas a la inversión para la producción y distribución de energía y las infraestructuras energéticas.

También se encuentran excluido el contenido del Decreto 114/2014 para los supuestos a los que los que se refieren los apartados 3 y 4 de su artículo 1.

Para concretar la terminología que utiliza la norma, el artículo 2 del Decreto 114/2014 establece definiciones, con carácter indicativo, para los siguientes términos: «Activos inmateriales»; «Activos materiales»; «Anticipo reembolsable»; «carbón»; «comercialización de productos agrícolas»; «coste salarial»; «creación de empleo»; «empresa»; «empresa en crisis»; «equivalente de subvención bruta»; «Gran proyecto de inversión»; «Grandes empresas»; «Incremento neto del número de trabajadores»; «Inicio de los trabajos»; «Intensidad de ayuda»; «Inversión inicial»; «Inversión inicial a favor de una nueva actividad económica»; «La misma actividad o una actividad similar»; «Número de trabajadores»; «Producto agrícola»; «Puestos de trabajo creados directamente por la inversión»; «PYME»; «redes de banda ancha básica»; «redes de acceso de nueva generación (NGA)»; «Sector de las fibras sintéticas»; «Sector del acero»; «transformación de productos agrícolas»; y «transporte».

En cuanto a las posibles entidades beneficiarias de las ayudas, estas corresponderán a las empresas que tuvieren asentado establecimiento operativo en Andalucía, para lo cual: a) Si son empresas pequeñas o medianas empresas deberán reunir los requisitos establecidos en el Anexo I del Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187, de 26.6.2014, p.1). b) No podrán encontrarse incluidas en los supuestos indicados en el apartado 2 del artículo 3 del Decreto 114/2014.

Mediante este decreto se incentivarán:

- a) Los proyectos de inversión inicial de las PYME.
- b) Los proyectos de inversión inicial de nuevas actividades económicas de grandes empresas que se realicen en Andalucía.
- c) En ambos casos, los proyectos deberán reunir los requisitos indicados

en el artículo 6 del Decreto 114/2014, siendo incentivables los costes que se relacionan en su artículo 5.

d) En cuanto al tipo de ayudas que podrán concederse, serán las siguientes:

- Subvenciones.
- Bonificación de intereses.
- Préstamos a bajo interés sin garantía, incluidos los préstamos participativos, conforme a las condiciones establecidas en el Anexo III.
- Participación en forma de capital, minoritaria y en condiciones de mercado.
- Anticipos reembolsables a interés cero, conforme a las condiciones establecidas en el Anexo III.
- Garantías conforme a las condiciones establecidas en el Anexo III.

En lo que se refiere al régimen jurídico de las ayudas, éste se regula en el Capítulo III (artículos 9 al 15); finalmente, conviene señalar que el Decreto 114/2014 –que entró en vigor el pasado 26 de julio de 2014– ha derogado el Decreto 394/2008, de 24 de junio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y a favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía.

DECRETO 115/2014, DE 22 DE JULIO, POR EL QUE SE ESTABLECE EL MARCO REGULADOR DE LAS AYUDAS QUE SE CONCEDAN POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA PARA PROMOVER EL DESARROLLO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS. (BOJA NÚM. 144, 25 DE JULIO DE 2014)

Establece el marco por el que se concederán las ayudas por parte de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales que tuvieren como objeto promover el desarrollo de las actividades económicas de las PYME, abarcando a todos los sectores de la sociedad, salvo a las empresas que se encuentren insertas en las especificaciones establecidas por los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Decreto 115/2014.

Los proyectos incentivables –de los que se establece su régimen jurídico en sus artículos 13 a 19– se destinarán a las siguientes actividades económicas de las PYME: 1. La participación en ferias comerciales. 2. Los servicios de consultoría. 3. La financiación de nuevos proyectos empresariales. 4. La financiación de plataformas de negociación alternativas especializadas en PYME. 5. Los costes de prospección. 6. Los costes de cooperación en relación con proyectos de cooperación territorial europea.

La cuantía de las ayudas se desarrolla a lo largo de los artículos 6 al 11; las

cuales podrán revestir la forma de subvenciones; bonificación de intereses; y de préstamos, en los que el equivalente en subvención bruta se calculará sobre la base de los tipos de interés de referencia en el momento de concesión de la ayuda.

DECRETO 122/2014, DE 26 DE AGOSTO, POR EL QUE SE MODIFICAN LOS ESTATUTOS DE LA AGENCIA DE INNOVACIÓN Y DESARROLLO DE ANDALUCÍA, APROBADOS POR DECRETO 26/2007, DE 6 DE FEBRERO. (BOJA NÚM. 171, 3 DE SEPTIEMBRE DE 2014)

La modificación afecta, en lo que se refiere al contenido del Decreto 26/2007:

- a) A sus artículos 1, 2, 4 a 7, 9 y 10.
- b) Reordena la estructura de su Título III, al mismo tiempo que se modifican sus artículos 12 y 13.
- c) Reordena la estructura del Capítulo III del Título II (se modifican los artículos 14 al 16).
- d) Modifica el contenido de los artículos 34 y 35.

Finalmente, esta norma establece, igualmente, la modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 7 del Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos.

DECRETO 123/2014, DE 2 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 14/2011, DE 23 DE DICIEMBRE, DE SOCIEDADES COOPERATIVAS ANDALUZAS. (BOJA NÚM. 186, 23 DE SEPTIEMBRE DE 2014)

Aprobado por la habilitación contenida en la disposición final segunda de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas que habilitó al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a proceder a su desarrollo reglamentario. La aprobación de esta disposición reglamentaria ha conllevado la derogación expresa de:

- a) El Decreto 267/2001, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas en materia registral y de autorizaciones administrativas.
- b) El Decreto 258/2001, de 27 de noviembre, por el que se regula la inspección y el procedimiento sancionador en materia cooperativa.
- c) Cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango contradigan o

se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto.

Dentro de esta extensa normativa –estructurada en un Título Preliminar y 4 Títulos, que contiene un total de 195 artículos–, en materia de empleo, cobra especial importancia lo dispuesto en la Sección 1.^a del Capítulo I del Título II –artículos 70 al 80– relativo a las Cooperativas de Trabajo. De la totalidad de esta sección, destaca la disposición que se refiere al régimen de prestación de trabajo de las personas que se integran en estas cooperativas, al que se refiere el artículo 74.1 que especifica que la relación de «las personas socias trabajadoras con la sociedad cooperativa es de carácter societario y, por tanto, los estatutos sociales, el reglamento de régimen interior o, en su defecto, la propia Asamblea General, deberán establecer el estatuto profesional de la persona socia trabajadora, en el que habrá de regularse cualquier materia relacionada con los derechos y obligaciones del socio o socia como persona trabajadora y, en todo caso, la forma de organización de la prestación del trabajo; la movilidad funcional y geográfica; la clasificación profesional; el régimen de fiestas, vacaciones y permisos; la jornada, turnos y descanso semanal así como las causas de suspensión o extinción de la prestación laboral.

El referido estatuto profesional habrá de respetar las disposiciones relativas al mismo contenidas en la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, así como los derechos y garantías legalmente establecidos en el derecho laboral común, con las especificidades reguladas en el presente Reglamento».

Por su parte, el apartado 2 del mismo artículo, establece en qué supuestos podrían limitarse los derechos y las garantías reconocidos en la legislación laboral común, de forma excepcional, en lo que afecte a la jornada laboral, turnos, descanso semanal, régimen de fiestas, vacaciones y permisos, en los siguientes supuestos: «a) Cuando así lo requiera la viabilidad económica de la sociedad cooperativa, acordado por su Asamblea General mediante la mayoría cualificada exigida en el artículo 33.2 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre.

Dicho acuerdo habrá de revisarse, al menos anualmente, por el mismo órgano y quórum.

b) Cuando lo exija la acumulación de tareas o exceso de pedidos, correspondiendo al órgano de administración la adopción del acuerdo correspondiente, del que deberá dar cuenta detallada a la Asamblea General siguiendo a la adopción de dicho acuerdo, para que esta se pronuncie sobre su idoneidad, lo que no afectará a su validez, a menos que aun esté vigente, en cuyo caso podrá ratificarlo o dejarlo sin efecto».

DECRETO 124/2014, DE 2 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL III PLAN INTEGRAL PARA LA INMIGRACIÓN EN ANDALUCÍA HORIZONTE 2016. (BOJA NÚM. 143, 24 DE JULIO DE 2014)

El BOJA se limita a hacer constar la aprobación del plan, el cual se encuentra disponible para consulta en la Web de la Consejería de Justicia e Interior.

RESOLUCIÓN DE 4 DE JULIO DE 2014, DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE ORDENA LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONVALIDACIÓN DEL DECRETO-LEY 8/2014, DE 10 DE JUNIO, DE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y URGENTES PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL A TRAVÉS DEL EMPLEO Y EL FOMENTO DE LA SOLIDARIDAD EN ANDALUCÍA. (BOJA NÚM. 133, 10 DE JULIO DE 2014)

RESOLUCIÓN DE 2 DE JULIO DE 2014, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ECONOMÍA SOCIAL, POR LA QUE SE CONVOCA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES RECOGIDAS EN LA ORDEN DE 6 DE JUNIO DE 2014, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES DEL PROGRAMA DE APOYO A LA PROMOCIÓN Y EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA SOCIAL PARA EL EMPLEO. (BOJA NÚM. 134, 11 DE JULIO DE 2014)

Mediante esta disposición se procede a abrir la convocatoria del año en curso para la concesión de subvenciones públicas reguladas en la disposición citada. A la fecha de publicación de este resumen normativo, la convocatoria habrá cumplido los plazos de presentación de solicitudes de las distintas modalidades de ayudas, que se abrieron por los siguientes períodos:

a) Un mes computado desde la entrada en vigor de la Resolución de 2 de julio de 2014 –que fue el pasado 12/7/2014– para los comportamientos susceptibles de ser subvencionados en virtud de la Medida 1.1. Apoyo a la Incorporación de Personas Socias Trabajadoras o de Trabajo en Cooperativas y Sociedades Laborales; y de la Medida 1.2. Contratación de Gerentes y Personal Técnico Especializado, de la Línea 1. Fomento del Empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales incluida en la Orden de 6 de junio de 2014, si se hubieren formalizado los comportamientos o las acciones entre el 3/9/2013 y el último día de presentación de las solicitudes.

b) Un mes contado desde 12/7/2014 para las acciones a realizar desde el 1 de enero de 2014 que fueren susceptibles de ser subvencionadas en virtud de las siguientes líneas de subvención: Línea 2. Difusión y Promoción

de la Economía Social; Línea 3. Fomento del Emprendimiento Social; Línea 4. Innovación y Competitividad Empresarial de la Economía Social; Línea 5. Intercooperación Empresarial en la Economía Social; y Línea 6. Formación Profesional en Economía Social de la Orden de 6 de junio de 2014.

c) 15 días a computar desde el 12/7/2014, para las acciones a realizar desde el 1 de enero de 2014, que sean susceptibles de ser subvencionadas en virtud de la Línea 7. Asociacionismo de la Orden de 6 de junio de 2014.

RESOLUCIÓN DE 24 DE JULIO DE 2014, DE LA PRESIDENCIA DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA, POR LA QUE SE ORDENA LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DE CONVALIDACIÓN DEL DECRETO-LEY 9/2014, DE 15 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA EMPLE@30+. (BOJA NÚM. 148, 31 DE JULIO DE 2014)

En el marco de las competencias atribuidas por el Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Diputación Permanente (sesión 23 de julio de 2014) convalidó el Decreto-ley 9/2014, de 15 de julio, por el que se aprueba el Programa Emple@30+, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 140, de 21 de julio de 2014, y la corrección de errores publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 143, de 24 de julio de 2014.

ACUERDO DE 22 DE JULIO DE 2014, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA LA AGENDA POR EL EMPLEO. PLAN ECONÓMICO DE ANDALUCÍA 2014-2020. ESTRATEGIA PARA LA COMPETITIVIDAD. (BOJA NÚM. 148, 31 DE JULIO DE 2014)

Mediante este acuerdo se procede a publicar el marco global de la planificación de la Junta de Andalucía para los próximos 7 años con el que se da continuidad a planificación económica de la Estrategia para la Competitividad de Andalucía 2007-2013.

El texto del Acuerdo se encuentra disponible en el sitio Web oficial de la Junta de Andalucía: <http://juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacioncienciayempleo.html>.

Las facultades de desarrollo y ejecución se atribuyen al Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

ACUERDO DE 24 DE JULIO DE 2014, DE LA SUBCOMISIÓN DE SEGUIMIENTO NORMATIVO, PREVENCIÓN Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA COMISIÓN BILATERAL DE COOPERACIÓN ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, EN RELACIÓN CON EL DECRETO-LEY 5/2014, DE 22 DE ABRIL, DE MEDIDAS NORMATIVAS PARA REDUCIR LAS TRABAS ADMINISTRATIVAS PARA LAS EMPRESAS. (BOJA NÚM. 180, 16 DE SEPTIEMBRE DE 2014)

Este Acuerdo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas tiene como objetivo:

a) Iniciar negociaciones para resolver las discrepancias en relación con los artículos 1 al 4; Anexo I apartados 37, 38, 40, 41, 43, 44 y 61; Anexo II, apartados 6 y 12; Anexo III - Categoría 1. Industria extractiva, apartados 1.9, 1.10, 1.11 y 1.12; Anexo III -Categoría 2. Instalaciones energéticas. Apartado 2.22 y 2.23 del Decreto-ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.

b) Designar un grupo de trabajo para proponer a la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias la solución que proceda.

c) Comunicar el Acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

