

ESTUDIOS

Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Salarios y negociación colectiva en España: un panorama lleno de interrogantes
WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND

Aproximaciones al concepto de calidad en el empleo y su medición
RAFAEL AGUADO CORREA
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
ASUNCIÓN RODRÍGUEZ RAMOS

El Derecho de la Seguridad Social ante las nuevas prestaciones de dependencia
LUIS HURTADO GONZÁLEZ

La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discriminatoria por razón de género
MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

MERCADO DE TRABAJO

El principio de la caída
Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (Tercer Trimestre de 2008)
SANTOS RUESGA BENITO, JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO Y CARLOS RESA NESTARES

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería
Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios
MARÍA DEL MAR RUÍZ CASTILLO

Universidad de Córdoba
Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario
CARMEN MORENO DE TORO
M^a JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO

Universidad de Granada
Gran invalidez de Derecho del Trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social
SOFÍA OLARTE ENCABO

Universidad de Huelva
El juez del concurso y los expedientes de regulación de empleo
ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO

Universidad Pablo de Olavide
La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas
FERNANDO ELORZA GUERRERO

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

ORDEN de 17 de julio de 2008, por la que se establecen los contenidos y datos mínimos a consignar en las memorias anuales de los Servicios de Prevención Ajenos

ORDEN de 17 de julio de 2008, por la que se modifica la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local

DECRETO 415/2008, de 22 de julio, por el que se garantiza a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farmacéutica gratuita del sistema sanitario público de Andalucía

ORDEN de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

ISSN: 0213-0750

TEMAS LABORALES

Consejería de Empleo

TEMAS LABORALES



98/2009 – Primer Trimestre

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

JUNTA DE ANDALUCÍA

2009



JUNTA DE ANDALUCÍA

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

98

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Suscripciones y distribución:

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

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 98/2009
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	11
Salarios y negociación colectiva en España: un panorama lleno de interrogantes. WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND	59
Aproximaciones al concepto de calidad en el empleo y su medición RAFAEL AGUADO CORREA JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO ASUNCIÓN RODRÍGUEZ RAMOS	77
El Derecho de la Seguridad Social ante las nuevas prestaciones de dependencia LUIS HURTADO GONZÁLEZ	99
La nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, discrimina- toria por razón de género MARTA FERNÁNDEZ PRIETO	115

2. MERCADO DE TRABAJO

El principio de la caída. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía. Tercer trimestre de 2008 SANTOS M. RUESGA BENITO JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO CARLOS RESA NESTARES	141
--	-----

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONFLICTO Universidad de Almería Los límites de los llamados convenios colectivos extraestatutarios M ^a DEL MAR RUÍZ CASTILLO	175
---	-----

PODER DE DIRECCIÓN Universidad de Córdoba Ejercicio y límites del <i>ius variandi</i> del empresario	201
CARMEN MORENO DE TORO M ^a JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO	
PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Granada Gran invalidez de Derecho del Trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social	213
SOFÍA OLARTE ENCABO	
DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Universidad de Huelva El juez del concurso y los expedientes de regulación de empleo . . .	229
ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Universidad de Pablo de Olavide La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas . .	239
FERNANDO ELORZA GUERRERO	
4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía RAFAEL GÓMEZ GORDILLO.	251
ORDEN de 7 de julio de 2008, por la que se establecen los contenidos y datos mínimos a consignar en las memorias anuales de los Servicios de Prevención Ajenos	251
BOJA núm. 148, de 25 de julio	
ORDEN de 17 de julio de 2008, por la que se modifica la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnoló- gico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desa- rrollo local.	252
BOJA núm. 148, de 25 de julio	
DECRETO 415/ 2008, de 22 de julio, por la que se garantiza a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farma- céutica gratuita del sistema sanitario público de Andalucía	253
BOJA núm. 152, de 31 de julio	

ORDEN de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía 254
BOJA núm. 166, de 21 de agosto

NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, que se edita con periodicidad trimestral, sólo publicará trabajos de investigación inéditos y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

LAS CAUSAS DE LA DISCRIMINACIÓN O LA MOVILIDAD DE UN CONCEPTO

MARÍA FERNANDA FÉRNANDEZ LÓPEZ

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

EXTRACTO Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Igualdad, No Discriminación

Aborda el presente trabajo, en dos bloques principales, la construcción y evolución de los conceptos que sirven de base a la prohibición de discriminación a través de los procesos de tutela de los derechos fundamentales. Así, y de un lado, se analizan los principales tratados y declaraciones internacionales, tanto mundiales y regionales como generales o sectoriales, en los que se prevén definiciones acerca de la raza, la religión, la libertad ideológica, el sexo-género, la lengua, la posición económica, el nacimiento, la discapacidad o la edad como motivos prohibidos en los que se puede basar una desigualdad de trato, ya sea con carácter absoluto, ya relativo, en función de las restricciones de otros derechos y libertades que ello conlleva. Como conclusión principal, y fruto sobre todo de su tratamiento jurisprudencial, se colige el enriquecimiento y la movilidad de sus contenidos, más allá de su literalidad o sentido originario en el momento en que se proclamaron.

La construcción dogmática de esta primera parte sirve de base para el análisis de contraste, principalmente de las Directivas UE del año 2000, sobre igualdad y no discriminación por diferentes causas, en el sentido de verificar el estado de la cuestión en la doctrina del TJCE, así como en los textos normativos del derecho comunitario.

ABSTRACT

Key Words: Fundamental Rights, Equal, No Discrimination

The present work deals with two main aspects of fundamental rights, the construction and the evolution of the discrimination in fundamental rights tutelage. So, some of the main treaties and declarations are analyzed at an international, world-wide and regional-level, and analysed generally or by sector. Though, some definitions are included such as race, religion, ideological freedom, sex-gender, language, economic position, birth, disability, or age in which positive discrimination may occur and that could lead to unequal treatment, either absolutely or relative related to the restrictions of other rights and liberties. As main conclusion the content has been enriched and presents a sort of evolving adaptation, the judiciary treatment is beyond literacy or ordinary sense in the moment of such proclamation.

The dogmatic construction under this first part is the basis for comparison of the EU Directives from year 2000 on Equal Treatment and No-discrimination, and, in the senses, and path for verifying the status of the TJCE Doctrine as well as the EU-Law text.

ÍNDICE

1. LA ENUNCIACIÓN DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN LOS PRINCIPALES TRATADOS GENERALES Y PARTICULARES A ESCALA MUNDIAL O EUROPEA (EXCEPTO UE)
2. EL ALCANCE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN ESPECÍFICAS
3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS DIRECTIVAS 43 Y 78/2000

1. LA ENUNCIACIÓN DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN LOS PRINCIPALES TRATADOS GENERALES Y PARTICULARES A ESCALA MUNDIAL O EUROPEA (EXCEPTO UE)

Uno de los elementos que no faltan en las definiciones de discriminación en los sucesivos Tratados internacionales que han analizado su existencia para prohibirla es, precisamente, la vinculación de la discriminación a unas causas determinadas, de modo que la conexión entre el acto peyorativo y el motivo seleccionado por el legislador es suficiente para entender prohibida esa conducta, quedando la posibilidad de justificación de la diferencia de trato limitada dentro de los márgenes del control más estricto. Es importante tener esto en cuenta, y apreciar el alcance de las valoraciones del legislador internacional e interno, para comprender el alcance de las prohibiciones que se introducen en el ordenamiento jurídico.

De ese modo, la trascendental Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) –cuyo valor en la delimitación de la prohibición no es discutible¹– enuncia como causas de la conducta prohibida, en el ejercicio de los derechos en ella reconocidos, las siguientes circunstancias diferenciadoras: Artículo 2.– *Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.* Añadiéndose una proscricción muy propia de la época: 2.– *Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

El listado de causas tuvo una gran influencia: en algunos instrumentos internacionales, porque la conexión con la Declaración es notoria, sobre todo los elaborados en el seno de la ONU. De hecho, es conocido que importantes pactos “generales” incluyen una prohibición de discriminación fuertemente

¹ Sobre la evolución del concepto internacional de discriminación, sin que ello suponga eludir en más ocasiones a este origen, me remito al trabajo Rodríguez Piñero–Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, págs. 88 y ss.

influida por la técnica empleada por la DUDH, cuyo texto en este punto reproducen sin alteraciones. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): Artículo 2.1.— *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Y en una línea muy similar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966): Artículo 2.2.— *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Los Tratados posteriores, específicos, pese a su orientación normalmente limitada a una causa —de las manejadas en la DUDH, aunque no siempre— tienden a concretar y a explotar sus contenidos: el Convenio internacional sobre la erradicación de todas las causas de discriminación contra la mujer (1979), el Convenio internacional para la erradicación de todas las formas de discriminación por razón de raza² (1963), o el Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), según el cual, recordando que la propia noción de discapacidad es evolutiva³, y en la línea con las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad, define el área prohibida/protegida en orden a la discapacidad, concepto que incluye *a aquellas personas 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* (art. 1).

En el marco de la OIT es sabido hasta qué punto el Convenio 111 es una norma clave en el devenir de la lucha contra la discriminación articulada a través de esa entidad. Pues bien en el art. 1 se puntualiza que: *a los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende, desde el punto de vista causal, las mismas circunstancias evaluadas en la DUDH: raza, sexo, religión,*

² Artículo 1.— *La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos.*

³ Epígrafe e) de su Preámbulo.

opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Similares han sido los elencos europeos de causas de discriminación en Tratados “generales”. Para comenzar, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre (1950), en su artículo 14, reproduce buena parte de la prohibición de la DUDH, con idéntica técnica protectora del goce igual de los derechos reconocidos en el propio Tratado, pero aumenta la lista de causas prohibidas, incorporando la *pertenencia a una minoría nacional, (o) fortuna*: Prohibición de discriminación.— *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

Por su parte, la Carta Comunitaria de derechos fundamentales, de 2001, contiene una mayor lista de circunstancias que propician una discriminación (art. 21) pero, en aras de sus propios orígenes, centra el análisis con mayor detalle en la proclamación del principio de igualdad entre mujeres y hombres y en la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2): *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* Baste comparar el amplio precepto del art. 23⁴ frente a la casi taquigráfica proclamación de la libertad ideológica y religiosa (art. 22)⁵. Y, por supuesto, baste comparar el rango “constitucional” que a las distintas facetas de la igualdad se asigna en los textos originarios, no ya en la extinta Constitución Europea sino en los vigentes Tratados, mediante el expreso reconocimiento (art. 6), a través de una remisión, de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2.— *La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio*

⁴ Artículo 23.— *Igualdad entre hombres y mujeres: La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

⁵ Apartado 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.... Una clásica doctrina del TJCE que se incorpora al derecho originario, como “disposición común” y que obviamente no enerva el reconocimiento de las igualdades clásicas de la UE: la igualdad entre hombres y mujeres y, por supuesto la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Hecha la breve descripción que antecede acerca de la proclamación de la prohibición de discriminación, es posible adelantar algunas orientaciones comunes:

- a) La primera, que existe una serie de causas de discriminación que constituyen lo que podría llamarse “núcleo duro” de la prohibición, que se reiteran en cada Tratado, y que constituyen ciertamente un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación. Tales son las prohibiciones de discriminación por raza, sexo, religión, y opinión política.
- b) La segunda, que la lista de causas de discriminación, a nivel de Tratados, no se ha quedado varada en el modelo de la DUDH, a pesar de la indiscutible influencia que ésta ha tenido en su confección. Textos posteriores matizan: origen social, origen étnico, fortuna, ó pertenencia a una minoría nacional, lengua, etc. En otras palabras: se trata de causas que sin duda están comprendidas en el listado de la DUDH –el origen étnico, por ejemplo– pero que se van desarrollando, generando nuevos matices, en aras de los cuales llegan a ser reconocidas con el tiempo como causas diversas
- c) La tercera, que el legislador internacional es consciente de que la prohibición de discriminación se proyecta sobre realidades sociales concretas, que avanzan y se modifican. De ahí que sea necesario prever la evolución de estas sociedades y el nacimiento de nuevos motivos de victimización que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana. El tratamiento internacional de la discapacidad es una muestra de ello. Pero desde luego esa evolución es claramente perceptible en el marco de las cláusulas clásicas de discriminación, como veremos
- d) La cuarta, que, probablemente por lo que se lleva expuesto, la lista de causas de discriminación casi nunca es cerrada: se mantiene abierta a supuestos no previstos en que la condición o la situación social de un determinado colectivo requiera la tutela antidiscriminatoria.

Finalmente, puesto de manifiesto el consenso internacional en torno a las bases de la discriminación prohibida (ya se conciba en el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Tratado que se considere, ya se trate de un reconocimiento independiente de la prohibición, como el contenido en el Convenio 111 de la OIT), se hace preciso llenar de contenido su sentido último. Se trata de destacar cuáles son los medios para luchar contra la discriminación por cualquiera de las causas prohibidas, y la forma de prevenirlas. No son los Tratados generales los que se pronuncian sobre aspecto de la cuestión. Ha hecho falta aguardar a Tratados o instrumentos internacionales específicos, que ahondan en el sentido de cada una de las causas de discriminación. En este sentido son dos las fuentes básicas que cabe mencionar: los Tratados especializados elaborados en el marco de la ONU, y, en el plano europeo, las Directivas comunitarias, ya sean las dirigidas a la discriminación por razón de sexo, ya las dirigidas a las restantes causas de discriminación, que son las que se estudiarán en especial.

2. EL ALCANCE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN ESPECÍFICAS

Para el análisis de las causas específicas de discriminación utilizaremos en buena medida la referencia a los textos que las contemplan aisladamente, y propenden a darles un tratamiento jurídico diferenciado.

Por su carácter pionero en la prohibición de discriminación ha de comenzarse por la discriminación por motivos de raza o de origen étnico, quizás la más antigua de las causas de discriminación aisladas en los textos internacionales. Para evaluar el alcance de la prohibición debe partirse de la Convención de Naciones Unidas de 1966 para la erradicación de todas las formas de discriminación por este motivo, que parte de un concepto amplio de la causa de discriminación prohibida: “raza, color u origen étnico”, abriendo el camino a considerar incorporada a esta causa de discriminación la raza en el sentido más estricto (el color puede reconducirse a esta primera acepción) que comprende aquellos grupos humanos dotados de características genéticas que los singularizan y que son transmisibles por la herencia. Pero también un concepto en cierta medida cultural, que permite señalar a colectivos de seres humanos diferenciados por su individualidad cultural y social, más que por rasgos físicos específicos, que pueden aparecer relativizados. Con otras palabras “lo trascendente es la percepción de una comunidad o pueblo como distinto o ajeno y en ello los rasgos físicos –más o menos generalizables– cumplirían simplemente un

papel de identificación”⁶. De este modo, para esta doctrina “raza” más que un concepto estable sería una categoría, que agruparía “a los sujetos por razón de su comunidad de origen, real o imaginaria”, con lo que el concepto mismo se acaba disolviendo en las convicciones sociales de un momento dado, como tales modificables. Velando por una noción de raza más estable, el Director General de la OIT sostiene que “el concepto de raza se utiliza a menudo de forma abusiva respecto de comunidades lingüísticas o colectivos minoritarios cuya identidad se funda en la pertenencia a una comunidad religiosa o cultural o incluso en la ascendencia nacional”⁷, cuyas tutelas se cobijan al amparo de otras causas de discriminación, más ajustadas a su verdadera naturaleza.

En este sentido, resulta sumamente valiosa la aportación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸, que en algunas de sus resoluciones ha tenido que enfrentarse a la noción de “raza” a efectos del art. 11 del Convenio. En su importante Sentencia *Timichev-Rusia*, de 13 de diciembre de 2005 (casos 55762/00 y 55974/00), y en un caso en que el ciudadano alega que ha sido discriminado por la policía rusa por ser checheno, el TEDH sostiene que “el origen étnico o la raza son nociones vinculadas, secantes. Si la noción de raza encuentra su origen en la idea de una clasificación biológica entre seres humanos en subespecies según sus particularidades morfológicas (color de la piel, rasgos del rostro), el origen étnico se funda sobre la idea de grupos sociales que tienen en común una nacionalidad, una pertenencia tribal, una reli-

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo” en VVAA “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, MTAS, Madrid, 2003, pág. 97. Sobre la elasticidad del concepto de raza, vid., Bueno Arus, F “La discriminación racial y el Código Penal español” en Eguzkilore, número extraordinario 11/97, pág. 198.

⁷ “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2007, pág. 26 en nota.

⁸ La estructura y contenidos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación es de prever que paulatinamente experimentará cambios interpretativos importantes, a la luz de lo dispuesto en el art. 1 de su Protocolo número 12 (BOE 14 marzo 2008), entrada en vigor en España 1 de julio de 2008. Pero, pese a ello, existe una sustancial continuidad en el listado de causas (parágrafos 17 y 18) de discriminación contenidas en el art. 1 del nuevo Protocolo respecto de las del art. 14 CEDH –ambos preceptos siguen conviviendo– y, sobre todo, al menos por ahora, la propia Memoria explicativa del Protocolo expone la intención de sus firmantes de adherirse a la definición de discriminación elaborada a lo largo de los años por el TEDH y, sobre todo, de mantener las causas de discriminación actualmente listadas. La inclusión de nuevas causas, aunque empiecen confesadamente a dar problemas es “inútil...ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos mencionados” (parágrafo 20). En ese mismo párrafo se citan como nuevas causas potenciales “la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, (o) la edad”.

gión, una lengua, orígenes y medios culturales tradicionales” (parágrafo 54). Asume el Tribunal, en efecto, que es posible contraponer una noción “dura” de raza, pero concluye afirmando que igualmente “la discriminación fundada sobre el origen étnico real o percibido constituye una discriminación racial” (parágrafo 56). Una noción amplia que pretende no dejar fisuras y que se enlaza con la trascendencia que se le otorga a la prohibición de discriminación por este motivo: “la prohibición general de discriminación, y de la discriminación fundada en la raza y en el origen étnico en particular...reflejan los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa”⁹.

Aceptando esta noción amplia de raza, que comprende el origen étnico, el conjunto de derechos de tutela se enuncia con prolijidad en la Convención de la ONU en torno a una serie de puntos básicos:

- proscripción de las ideologías racistas de toda clase, previniendo las mismas a través de instrumentos como la educación o la sensibilización¹⁰.

⁹ TEDH, asunto *Celniku–Grecia*, de 5 julio 2007 (n° 21449/04).

¹⁰ (8) Artículo 4 en conexión con el art. 7. En el art. 4 se dispone que: *los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.*

Por su parte, el art. 7 dispone que: *los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.*

- reconociendo los derechos que se han de disfrutar en igualdad y sin discriminación por este motivo (art. 5), una línea amplia, paralela a los propios contenidos de la DUDH, que, en lo relativo al régimen estrictamente laboral o económico comprende derechos tales como: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; iii) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; iv) El derecho a la educación y la formación profesional (art. 5 e).
- y proclamando la obligación de los Estados de alcanzar estos contenidos y de reprimir aquellos actos a través de derechos instrumentales como el de tutela judicial (art. 7), previendo indemnizaciones o reparaciones “justas y adecuadas” frente al daño sufrido, con una referencia expresa a posibles medidas de acción positiva a favor de los colectivos discriminados, que tendrán justificación y serán lícitas sólo en la medida en que la discriminación se mantenga (arts. 1.4 y 2.2), y siempre que no generen un derecho desigual para las diferentes comunidades, victimizadas, que generaría una especie de ghetto normativo inadmisibles¹¹.

Casi tan interesante como el conjunto de derechos reconocidos se presenta el ámbito de las exclusiones a las normas del Convenio, que hacen referencia al derecho de los Estados miembros de establecer distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos, y por extensión a establecer las disposiciones adecuadas en materia de nacionalidad, ciudadanía y naturalización, siempre que esas mismas normas no discriminen “contra ninguna nacionalidad en particular” (art. 1.2 y 3). Nacionalidad y ciudadanía son por tanto unos conceptos en sí mismos neutrales desde la perspectiva de la discriminación por razón de raza, pero pueden ser usados con esta finalidad, de ahí su previsión específica, y su conexión con la tutela frente a aquélla. No es, sin embargo, la ONU la sede en que se ha desarrollado más el estatuto del trabajador migrante desde la perspectiva del ordenamiento de Europa occidental, a este respecto resulta crucial, como se sabe, el ordenamiento comunitario.

El Convenio mencionado no agota la virtualidad descriptiva de los comportamientos que enumera. De hecho, el Comité de Derechos Humanos y

¹¹ Véanse Actas del III Coloquio internacional del Instituto Vasco de Criminología: “1997, año europeo contra el racismo”, en Eguzkilore, Cuaderno del IVC núm. 11, extraordinario, diciembre de 1997.

el Relator en materia de discriminación racial previene contra nuevas formas de manifestación de racismo, y xenofobia que enlazan directamente con el campo de aplicación del Convenio. Respecto del panorama ideológico actual, parte de la base de que “el análisis de la tendencia ascendente de la difamación de las religiones no puede disociarse de una reflexión profunda sobre las ominosas tendencias de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia que se desarrollan en el contexto político e ideológico actual”, precisamente al hilo de la definición amplia de raza que se maneja, en la que religión puede constituir un elemento de singular importancia para dar cohesión y perfil propio al colectivo discriminado: la islamofobia, el antisemitismo, el anticristianismo son las tendencias detectadas en este informe, pero dada la sistemática acogida, creo que deben ser examinadas en relación con la religión como causa de discriminación específica.

De todo lo anterior se desprende que, en efecto, la calificación de la raza como uno de los “conceptos duros” de causas de discriminación es patente en la medida en que su mera existencia en los textos internacionales ha derivado en la interdicción de una serie de comportamientos, de manifestaciones de la discriminación en ella basados, que dan pie a la entrada de nuevas formas de discriminación, lo que exige una tarea de revisión y actualización constante del concepto que se emplea.

La discriminación por motivos religiosos e ideológicos es otra de las causas clásicas de discriminación prohibidas en todos los Tratados internacionales de forma nominada desde la DUDH, lo que pone de relieve la singular importancia del derecho vinculado a ella y su consideración como “primera libertad” en terminología norteamericana. Como primer dato a señalar ha de destacarse que, al igual que sucederá con otras causas de discriminación, ésta descansa sobre una elección del ser humano, no necesariamente sobre una característica incorporada a él físicamente, aunque puede condicionar su vida, sus costumbres y su relación con la sociedad de tal manera que, en ciertos casos, puede enlazar con otras causas más “fisiológicas” en su origen, como acabamos de ver que sucede con la raza¹².

¹² La dificultad de obtener una noción de raza mínimamente uniforme a efectos de valorar el estado de la cuestión en el plano internacional, tal como han sucedido las cosas está presente en el informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU GE-05-10046 (S) 140205 150205 sobre “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación: aplicación y seguimiento cabales de la Declaración y Programa de acción de Durban”. En la Declaración (2001), apartado 2, se afirma que: 2.- *Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.*

Al estar vinculada la discriminación por motivos religiosos a un derecho fundamental y a sus manifestaciones básicas, la discriminación por motivos religiosos puede vincularse directamente a la pertenencia a un determinado credo o a una determinada fe, y también a sus manifestaciones exteriores, señaladamente el proselitismo y la libertad de culto. En los términos en que se ha enunciado su ámbito entre nosotros: “la religión, tal como está contemplada en los distintos textos legales, puede ser definida como creencia concerniente a lo sobrenatural, sagrado o divino y a los códigos morales, prácticas, rituales, valores e instituciones relacionadas con la misma, incluyendo todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa”¹³. Así descrita resulta obvio que, con esta noción, se pueden proyectar las consecuencias de las creencias religiosas sobre todas las manifestaciones de la vida del individuo. Ciñendo el análisis a la realidad laboral, en principio son posibles puntos de fricción entre las manifestaciones internas o externas de la libertad religiosa y las obligaciones derivadas de la relación laboral en numerosos aspectos: el aspecto externo del trabajador; el contenido mismo de su prestación; requerimientos de descansos y jornadas determinadas para oración y culto, etc. Esta potencial colisión se tiende a suavizar a través de nociones como la de “adecuación razonable”, de origen norteamericano, que permita ajustar los requerimientos empresariales y las creencias del trabajador si no se impone al empleador una “indebida carga”¹⁴, introduciendo una noción que se encuentra también en otros textos internacionales (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 5.3, referido a las obligaciones de los Estados pero proyectado en sus efectos sobre los ciudadanos). Comoquiera que sea, la libertad religiosa, al ser concebida como un derecho fundamental autónomo, no requiere otra tutela que la propia de éste, salvo cuando el tratamiento peyorativo tiene una dimensión social, esto es, responde a corrientes sociales de represión o menosprecio, verdaderas “fobias” respecto de determinadas creencias religiosas, que generan grupos “ajenos” a los que se debe proteger especialmente

¹³ Fernández Fernández, R. y otros, *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*, CESA, Sevilla, pág. 17. Sobre el alcance de la libertad de religión y su protección como derecho fundamental, también contra las discriminaciones, vid. el informe de la Relatora General del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre la libertad de religión “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, GE.07-13445 (S) 170807 200807, de 20 de julio de 2007.

¹⁴ Que se produce cuando se imponen “costes superiores a los de administración ordinaria, disminuye la eficiencia en otros trabajos, infringe los derechos retributivos de otros empleados, obstaculiza la prevención en el puesto de trabajo, carga de trabajo a otros empleados...o si la acomodación propuesta entra en conflicto con otras normas o leyes”, US Equal Employment Opportunity Comisión, en la interpretación del Capítulo VII de la Civil Rights Act de 1964. Vid www.eeoc.gov/types/religion.html.

para evitar fenómenos de segregación religiosa, tan asociada a las nociones de raza o de origen étnico.

En buena medida los problemas expuestos –salvo quizás el de la adecuación razonable– pueden predicarse de la libertad ideológica, en cuanto tiene su origen en la decisión individual y se proyecta sobre la cosmovisión del individuo, señalando su papel en el seno de la sociedad y la potencial evolución de ésta. Como en el caso anterior, la libertad ideológica comprende no sólo la creencia íntima del individuo, sino también los actos de ejercicio de la misma, a través, normalmente, del recurso a otros derechos fundamentales, como las libertades de reunión, asociación o expresión. Desde la perspectiva de la discriminación, pues, no todo acto contrario a estas libertades es discriminatorio, sino en la medida en que responde a una valoración social sistemática y negativa de los grupos sociales que profesan determinada ideología. Por eso no es este el momento de hablar de las dimensiones de la libertad ideológica en relación con el ejercicio de determinadas profesiones (periodistas o medios de comunicación, por ejemplo, en combinación con la libertad de expresión e información). Sólo de recordar que las limitaciones legalmente imponibles a estas libertades se encuentran bajo una profunda sospecha en el texto de las normas internacionales que las reconocen –basta pensar en las referencias del CEDH–, como las de su Artículo 9.– *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.*

Desde la perspectiva laboral las manifestaciones de los derechos de que se está hablando alcanzan su máxima expresión en las llamadas “empresas de tendencia”, que son cristalizaciones de las libertades religiosa y de opinión en el plano colectivo, y que plantean un supuesto de colisión de derechos de la misma raíz frente a las propias del individuo que forman parte de estos grupos. El problema de las empresas de tendencia ha tenido, sin embargo, una repercusión especial en el marco europeo, al que se remite desde ahora.

Una causa a mitad de camino de las anteriormente citadas, es la generada por los fenómenos migratorios y la eventual respuesta en los países de acogida con el temor, la ignorancia o los prejuicios que conducen a generar en torno a estos colectivos raciales, religiosos o étnicos categorías de personas sobre las que hacen especial estrago las causas comunes de discriminación. Así lo pone

de manifiesto la OIT: “los trabajadores migrantes suelen sufrir discriminaciones por su color o su raza, su religión real o supuesta o por una combinación de estos motivos, pero también pueden ser objeto de trato desfavorable sencillamente por su condición de migrantes”, un trato que, en el plano laboral se suele manifestar en forma de trabajos irregulares, especialmente sucios o penosos y en condiciones de trabajo potencialmente inferiores a las de los trabajadores nacionales. A hacer frente a esta situación dedica sus preceptos el Convenio 143 de la OIT, de 1975, ratificado por 23 países entre los que no se encuentra España. Básicamente, el Convenio se ordena en torno a tres ejes:

- la lucha contra las migraciones clandestinas y contra quienes las promuevan.
- la proclamación del derecho del trabajador migrante regular a la igualdad de trato con los trabajadores nacionales (arts. 8¹⁵ y 10¹⁶).
- y el aprovechamiento de los derechos nacidos al amparo de contratos anteriores en supuestos en que el migrante se encuentre irregularmente en un país y no sea posible la regularización de su situación (art. 9¹⁷).

¹⁵ Artículo 8.– 1. *A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo. 2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación.*

¹⁶ Artículo 10.– *Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.*

¹⁷ Artículo 9.– 1. *Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios. 2. En caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes. 3. En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión. 4. Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas.*

Obviamente, dado su escaso número de ratificaciones, este Convenio tiene escasa fuerza para alterar las capacidades estatales en materia de integración de los trabajadores migrantes y la tendencia a la parificación con los trabajadores nacionales. A esta escala mundial, obviamente, son las causas genéricas de discriminación las que pueden invocarse a favor de esa igualdad de ciudadanos más que de trabajadores. Por supuesto, en el ámbito de la Unión Europea el fenómeno adquiere unas connotaciones distintas. En el marco del Convenio del Consejo de Europa resultan de interés las consideraciones del TEDH en el asunto «*Syssoyeva y otras contra Letonia*», 26482/95, de 16 de junio 2005, en un caso de restricción por el Estado de los derechos de reagrupamiento familiar de los trabajadores migrantes, en el que nuevamente es el art. 8 del Convenio, y no el 14, el eje de la decisión. Según la Corte (apartado 101) “las decisiones tomadas por los Estados en materia de inmigración pueden, en ciertos casos, constituir una ingerencia en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar... especialmente cuando los interesados poseen, en el Estado de acogida, vínculos personales o familiares suficientemente fuertes que corren grave riesgo de ser afectados en el caso de una medida de alejamiento. Esta ingerencia afecta al art. 8”, salvo las consabidas excepciones –prevista por la ley la medida, persecución de fin legítimo, y necesidad de la misma en una sociedad democrática–.

Debe subrayarse cómo, en el marco del TEDH, es el art. 8 del Tratado, que versa sobre la tutela de la vida privada, la base normativa de la que se ha partido para el resultado favorable al reclamante, no siendo necesario, por lo general, que el Tribunal descienda a examinar la posible violación conjunta de dicho artículo y el art. 14 CEDH. Tal técnica se ha reiterado en varias causas de discriminación y de alguna manera conduce a una absorción de la prohibición de discriminación por la propia norma que consagra el derecho de que se trate. Como veremos, esta argucia interpretativa no ha sido acogida todavía en el marco del TJCE.

La discriminación por razón de sexo es de sobra conocida en el juego de la experiencia de las instituciones europeas, especialmente. Por ello no requiere una referencia pormenorizada, como necesitan otras causas de discriminación menos conocidas. Aquí sólo quiero hacer referencia a la evolución que se ha producido en torno a este concepto polivalente. Una evolución que ha tendido a superar el aspecto puramente biológico del concepto, para extenderse también a las manifestaciones “de género”, como situación social de subordinación de la mujer que posee un trasfondo cultural, no inevitable, que ha extendido notablemente los contenidos de la prohibición de discriminación, generando una multiplicidad de áreas en que combatirla, en especial, en aras de posibilitar la conciliación del trabajo y la vida familiar. Pero, siendo éstas las más conocidas manifestaciones, en el panorama internacional, la evolución del significado de

lo que sea “sexo” como causa de discriminación no se ha detenido ahí. No cabe duda de que esta evolución está asumida en nuestras sociedades, pero no lo está al menos expresamente en los instrumentos internacionales en materia de discriminación, que, por la propia fecha en que fueron redactados, no contemplaron siquiera esta posibilidad, circunscribiéndose la interdicción de discriminación a la noción fisiológica de que se acaba de hablar¹⁸. De ahí que haya sido necesario el apoyo de las instancias interpretativas que vienen adscritas al Tratado –cuando están previstas– para ampliar, a veces¹⁹, la restrictiva letra del Tratado.

En este sentido, resulta paradigmática la evolución experimentada en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precursor de las reformas que habrían de tener lugar en el marco de la Unión Europea. El TEDH, en aras de su propia doctrina acerca de que “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”²⁰ tuvo desde el principio una posición neutra frente la ampliación a estas otras causas de discriminación vinculadas con el sexo, reconociendo la evolución de su doctrina a raíz de la modificación de esas circunstancias. Y ello en relación con la tutela de la intimidad de los homosexuales como manifestación de su derecho a ordenar su vida privada²¹ y sin embargo deteniéndose ante el problema de la tutela de los

¹⁸ Resulta típica la redacción del art. 1 del Convenio para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ya viene propiciada por el propio título del Tratado: *A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

¹⁹ Sobre las dificultades que se encuentran a veces estos esfuerzos, vid., en relación con la Comisión de Derechos Humanos, examinando con la orientación sexual, Chacartegui Vega, C “La tutela de la discriminación por la orientación sexual”, en VVAA: “La igualdad ante la ley...”, cit., pág. 540 en nota.

²⁰ Caso Mizzi–Malta 12 enero 2006, asunto 26111/02, FJ 132, entre otros muchos.

²¹ Asunto Smith y Grady–Reino Unido, 27 septiembre de 1999, 33985 y 33986/1999. En su párrafo 97 sostiene : « La question pour la Cour est de savoir si les attitudes négatives susmentionnées constituent une justification suffisante aux ingérences litigieuses. La Cour remarque, sur la foi du rapport du GEPH, que ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d’expressions stéréotypées traduisant de l’hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d’une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l’exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu’elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes. » En el caso, el derecho vulnerado se conectaba con la vinculación

transexuales, que constituye un ejemplo magnífico de la tutela evolutiva que se predica del propio Tribunal y de su conexión con las soluciones mayoritariamente adoptadas en los ordenamientos de los Estados miembros²². El cambio de doctrina relativo a los transexuales tiene lugar en la importante Sentencia «*Christine Goodwin vs. Reino Unido*», de 11 de julio de 2002 (28957/95), para un caso en que la reclamante, transexual, ve denegada su pretensión de celebrar matrimonio con su pareja, al pertenecer ambos al mismo sexo, sin acceder a los derechos derivados del estado matrimonial. La doctrina de la Corte puede resumirse como sigue (párrafo 90): “sin minusvalorar las dificultades técnicas que su doctrina puede crear al estado demandado, la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. En el plano del art. 8 en particular, en que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías de esta disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendido en ella el derecho de cada uno a definir su identidad como ser humano («*Pretty c. Royaume-Uni*», n° 2346/02, § 62, CEDH 2002–III, et «*Mikuli? c. Croatie*», n° 53176/99, § 53, CEDH 2002–I). En el siglo XXI la facultad para los transexuales de gozar plenamente como sus conciudadanos del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral no podría ser una cuestión controvertida exigiendo tiempo para que se comprendan más claramente los problemas en juego. En síntesis, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente ni a un sexo ni al otro no puede durar más”²³.

La discriminación por razón de lengua es otro de esos supuestos en que el motivo diferencial participa de elementos secantes con otras circunstancias ya mencionadas, en especial la raza y el origen étnico. Evidentemente se refiere a un colectivo de sujetos cuya peculiaridad es precisamente, entre otros elementos, la posesión de una lengua distinta de la mayoritaria, que contribuye

de los reclamantes a las FAS en Gran Bretaña. Vid. también «STEDH L y V c. Austria», 9 de enero 2003, 39392 y 39829/98, FJ 45: Les requérants se plaignent d’une différence de traitement fondée sur leur orientation sexuelle, notion qui – la Cour le rappelle – tombe sous l’empire de l’article 14 (*Salgueiro da Silva Mouta*, arrêt précité, § 28). A l’instar des différences fondées sur le sexe (*Karlheinz Schmidt*, arrêt précité, *ibidem*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998–II, p. 587, § 37), les différences fondées sur l’orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Smith et Grady*, arrêt précité, § 90)”.

²² Asunto C–Francia 25 marzo 1992 (13343/87), reflejando las dudas científicas en torno a la naturaleza de la transexualidad, aunque el pronunciamiento final es favorable desde la perspectiva, no tanto de la igualdad, sino de la intromisión ilegítima en la vida privada de la reclamante.

²³ En el mismo sentido, Sentencia I–REINO UNIDO, de la misma fecha.

a dotarlos de especificidades culturales que no es lícito tomar como base para la diferenciación. “Los prejuicios en contra de los que poseen determinada lengua pueden ir desde la falta de oportunidad de aprenderla y usarla normalmente, hasta prejuicios específicos en materia de empleo, uso de medios de comunicación, etc., lo que supone tanto un *hándicap* para quien no posea a la perfección la lengua dominante, como además un deseo de privar a la persona de un elemento íntimo de identificación cultural y social”²⁴. Dicho esto, en el plano de la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, el tratamiento de la lengua como causa de discriminación ha recibido respuestas matizadas en razón de las peculiaridades del propio reconocimiento de la prohibición de discriminación en el Convenio, vinculada al ejercicio de otros derechos. Resulta característica de esta forma de operar –cada vez más utilizada– la Sentencia *sobre algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968 (asuntos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64). Se trata de una Sentencia valorada como una de las primeras en que va conformándose la jurisprudencia del TEDH en materia de discriminación, pese a que en términos generales el fallo endurece los requisitos para estimarla concurrente, aproximándose su noción a la de igualdad formal, por eso una vez más el análisis versa más sobre el derecho fundamental invocado –el derecho de los padres a escoger la lengua de enseñanza para sus hijos– que sobre la presunta discriminación existente entre la dualidad lingüística de la escuela belga. En relación con el tema de la lengua el Tribunal observa lo siguiente: primero, que “según el art. 14 del Convenio, el goce de los derechos y libertades reconocidos en aquél debe ejercitarse sin distinción alguna, fundada en la lengua” (FJ 8); segundo, que el art. 14 no tiene existencia independiente al margen de los derechos reconocidos en el Convenio (FJ 9); y tercero, que cuando “las Partes contratantes han querido reconocer a toda persona sometida a su jurisdicción derechos específicos en materia de uso de una lengua o de su comprensión, como el art. 5.2 y el art. 6.3.a) y e);...lo hubieran precisado expresamente en el texto, incluido el art. 2 del Protocolo en

²⁴ Rodríguez Piñero–Fernández López, “Igualdad...” pág. 241. Sobre la relevancia del uso del lenguaje como factor de selección y de promoción de trabajadores, vid. Solé C., Alarcón A., Terrones, A., Garzón L., “Eficiencia y discriminación lingüística en la empresa”, en REIS núm. 109, 2005, “la selección y la promoción del personal, cuando se establecen mediante criterios lingüísticos, implican formas de estratificación ocupacional por la que se ven afectados los grupos lingüísticos (pág. 32) porque “las organizaciones eligen entre idiomas alternativos el idioma de trabajo que ofrece las tasas más eficientes de creación de conocimiento y gestión en un contexto competitivo” (pág. 13), de ahí que se incremente “la brecha entre aquellos que, por medio de sus competencias lingüísticas pueden participar en una posición ventajosa de la cogenración de conocimiento en los ámbitos internacionales y aquellos que no” (pág. 32).

que se centraba el enjuiciamiento” (FJ 11). Teniendo enfrente un planteamiento que gira sobre el derecho a la enseñanza en la lengua materna de los niños –que no recoge el Protocolo– el análisis de la eventual discriminación por este motivo queda básicamente soslayado desde el momento en que la Corte estima que el derecho material citado no viene reconocido como tal, y por tanto no es preciso el estudio conjunto con el art. 14 CEDH.

Pero Sentencias posteriores llevan a la lengua como causa de diferencias ilegítimas al centro del razonamiento, al hilo del ejercicio de otros derechos. Uno de ellos, el de defensa derivado del art. 6 CEDH. Es el caso de la Sentencia *Hermi-Italia*, de 28 junio 2005 (asunto 18114/02), que analiza la invocación por el reclamante de la infracción su derecho a proceso equitativo fundada en la ausencia de un adecuado sistema de traducción que le permitiera formular su defensa en un juicio penal. Remitiendo a lo dispuesto en el art. 6 CEDH la Corte recuerda que el derecho a este sistema de traducción vulnera en efecto el art. 6.3 del CEDH atendida la naturaleza del proceso “que no se concibe apenas sin su (del reclamante) presencia” (FJ 33)²⁵.

Pero también es el caso del derecho a participar en elecciones políticas, vulnerado cuando se excluye de las listas a una candidata²⁶ que no demuestra su dominio del idioma Letón [asunto *Podkolzina-Letonia*, de 9 de abril de 2002 (46726/99)]. La Corte, nuevamente, incorpora el juicio de igualdad formal, más que una prohibición de discriminación, considerando legítima la opción estatal de aceptar sólo una lengua para los trabajos parlamentarios para facilitar el funcionamiento de éstos. Siendo razonable la diferencia de trato, sin embargo la violación del principio de discriminación se detecta en la desproporción de la medida acaecida en el caso, en que se rechaza que la candidata pudiera comparecer en las elecciones acreditando su dominio del letón a través de la totalidad de la prueba aportada por ella, y no basando el Tribunal *a quo* su resolución en la no aportación de dominio superior del letón expedido por un organismo oficial cuyas pruebas se realizaban sin adecuadas garantías (FJ 37). Así las cosas, en el marco de los países de Europa occidental, el tratamiento de la lengua como causa potencial de discriminación se encuentra estrechamente ligado al incremento de los fenómenos migratorios, en un contexto de diferenciación por motivos complejos, que suele complicarse más por el ejercicio de las competencias de los Estados en materia de nacionalidad y ciudadanía.

²⁵ La Sentencia es interesante, además, por el resumen de doctrina que incorpora en relación con este tema: asuntos «Colozza c. Italia», sentencia 12 febrero 1985, serie A n° 89, p. 14, § 27 ; «T. c. Italia», de 12 octubre 1992, serie A n° 245-C, p. 41, § 26 ; «F.C.B. c. Italia», de 28 agosto 1991, serie A n° 208-B, p. 21, § 33 ; «Belziuk c. Polonia, de 25 marzo 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 570, § 37, y «Sejdovic c. Italia», n° 56581/00, § 29, 10 noviembre 2004.

²⁶ Perteneciente a la minoría ruso parlante de Letonia.

La posición económica es otro de los motivos de discriminación expresamente mencionados en la DUDH que no siempre se encuentra reflejado en otros textos internacionales. A esta regla se exceptúan los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), sin duda bajo la influencia de la propia Declaración. Y el Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre (art. 14), si bien aparece enunciada esta causa con el término “fortuna”, que puede considerarse equivalente. Y en el TEDH se encuentran algunas resoluciones que precisan las consecuencias de esta causa de discriminación. Una larga serie de resoluciones –sintetizadas y resumidas en el asunto *Loncke–Bélgica*, de 25 de septiembre de 2007 (20656/03)– estima excesiva, desde la perspectiva del art. 6 CEDH, la ejecución provisional de una multa tributaria, ignorando el Tribunal la escasez de recursos del afectado, tesis que ha de mantenerse no ya sólo en casación, supuesto al que se refiere la Sentencia citada, sino en relación con todas las instancias. Un planteamiento éste que el Tribunal recuerda que ya ha sido objeto de enjuiciamiento en otras resoluciones, en especial frente a Francia²⁷. La perspectiva de requisitos de acceso a la justicia contemplada desde el plano de la escasez de medios de fortuna del reclamante es también la base de una de las primeras Sentencias en la materia, el caso «*Airey–Irlanda*», 9 octubre 1979 (6289/73). Y tanto en éste como en los demás casos, no es la fortuna como causa de discriminación en sí considerada, sino su impacto sobre la efectividad de la respuesta procesal.

La discriminación por nacimiento puede tener una doble aproximación²⁸, una primera, referida a la pertenencia originaria a castas o grupos sociales marginados, con lo que esta causa específica enlaza con las referencias internacionales al origen social como causa de discriminación. Desde una perspectiva estrictamente laboral, sostiene la OIT que “hay discriminación basada en

²⁷ “46. La Cour rappelle qu’elle a déjà examiné, à plusieurs reprises et surtout dans le cadre d’examen des requêtes françaises, la question de savoir si une mesure de retrait du pourvoi du rôle de la Cour de cassation française ou de refus de réinscription prononcée en application de certains articles du code de procédure civile, était susceptible de restreindre l’accès à un tribunal ouvert à un individu d’une manière ou à un point tel que le droit s’en trouve atteint dans sa substance même (voir notamment, *Annoni di Gussola et autres c. France*, n° 31819/96 et 33293/96, § 53, CEDH 2000–XI; *O’Neil c. France* (déc.), n° 40869/98, 9 janvier 2001; *Mortier c. France*, n° 42195/98, §§ 36–37, 31 juillet 2001; *Sté Matrot c. France*, n° 43798/98, 13 décembre 2001; *Pages c. France*, n° 50343/99, 25 septembre 2003; *Bayle c. France*, n° 45840/03, 25 septembre 2003; *Durreche c. France* (déc.), n° 59521/00, 7 septembre 2004; *Carabasse c. France*, n° 59765/00, 18 janvier 2005; *Cour c. France*, n° 44404/02, 3 octobre 2006; *Ong c. France*, n° 348/03, 14 novembre 2006; *Marcos Irlas c. France* (déc.), n° 29423/03, 7 juin 2007)”.

²⁸ Rodríguez Piñero–Fernández López, “Igualdad...”, pág. 195.

el origen social cuando, por su clase, categoría socio-profesional o casta, se deniega a una persona la posibilidad de llevar a cabo ciertas actividades económicas o cuando se le ofrecen sólo determinados empleos... el tener un origen social determinado es aún una traba importante a la igualdad de oportunidades no sólo en las sociedades muy jerarquizadas, sino también en aquéllas en que la estratificación se atenúa”²⁹.

En el marco europeo la noción de nacimiento está más vinculada, sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH a las distinciones fundadas en la filiación, y a su impacto sobre el status jurídico del sujeto. Ya en la sentencia *Marckx* el TEDH sostuvo que el “derecho a la vida familiar... implica que, dentro de ciertos límites, y para permitir el desarrollo de la vida familiar el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento en el sentido de filiación legítima o ilegítima”³⁰, a la luz de Convenios específicos en el ámbito internacional –muy especialmente de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del Niño o el Convenio europeo sobre los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 1975³¹–, pero sobre todo a la luz de la evolución de los ordenamientos de los países miembros del Consejo en relación con esta materia en el sentido de equiparar derechos de los ciudadanos con independencia de su filiación. El problema, sin embargo, se sigue presentando, y el TEDH sigue sentando la doctrina *Marckx*, por ejemplo, en el caso «*Mazurek–Francia*», de 1 de febrero de 2000 (34406/97), para un supuesto de diferencia entre los derechos sucesorios de hijos naturales y adulterinos, pues “sólo razones muy fuertes podrían llevar a estimar compatible con la Convención una distinción fundada en el nacimiento” (FJ 49).

La ya mencionada conexión de las diferencias por razón de nacimiento con el derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH ha provocado uno de los giros más originales en el tratamiento del nacimiento como causa de discriminación. En efecto, la ha ido alejando de las diferenciaciones entre sujetos por su nacimiento a otros aspectos no asociados a una diferencia de trato, sino, por ejemplo, a la eventual relación del hijo nacido con sus padres biológicos. Así, ha cubierto la pretensión del reclamante de investigar, en un caso de adopción, su familia biológica en el caso «*Odievre–Francia*», 13 febrero de 2003 (42328/98), siempre que el derecho no se conciba en términos absolutos y la legislación establezca un adecuado equilibrio entre el derecho del adoptado a conocer su origen y el de la madre a salvaguardar su vida privada. Y derivando

²⁹ Informe del Director General “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean...”, cit., pág. 38.

³⁰ Rodríguez Piñero–Fernández López, cit., pág. 192.

³¹ Por cierto, no ratificado por España.

con cierta rapidez a la tutela, en aras del art. 8 del CEDH, del derecho de investigación de la paternidad³² incluso en casos de inseminación artificial³³. O a proteger el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos nacidos fuera del matrimonio a tener visitas con su hijo, derecho que sí se reconoce a los padres separados [«*Sahin-Alemania*», 11 octubre 2001 (30943/96)]. Creo que esto sólo es posible entendiendo que “nacimiento” es, para el TEDH en esta segunda línea, status de la relación paterno-filial, de cuya garantía de igualdad no sólo gozan los hijos, sino también los padres.

La discapacidad es ciertamente una causa de discriminación emergida en el acervo internacional, pero el creciente interés por ella ha compensado esta inicial desatención. En esta línea resulta fundamental el Convenio elaborado en el seno de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, así como su Protocolo facultativo³⁴. Se trata de una norma que se alinea con experiencias anteriores de la ONU de concentrarse en causas concretas de discriminación a través de Tratados específicos, y que tiene una considerable extensión, a la que ha de añadirse la experiencia, también a nivel ONU, de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, de 1993, no vinculantes, pero que abrían el camino a un compromiso mayor en el seno de la organización internacional.

Una primera, e importante, función del Convenio es la definición del término “discapacidad”, que en buena parte resulta de la refundición de los significados que a la “discapacidad” y a las “minusvalía” reconocían las normas de 1993. En este momento, el art. 1.2 de la convención define a las personas con discapacidad como “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 los demás”. Un primer paso definitorio que tiende a deslindar el concepto de la “enfermedad”, invalidante por sí misma, pero, en principio no generadora de discapacidad hasta que la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial generada por ella se haya estabilizado.

La tarea esclarecedora del Convenio no se agota en la definición de discapacidad. También se extiende a la propia definición de discriminación por este motivo, de modo 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

³² «MIKULIC-CROACIA», asunto 531176/99.

³³ «X, Y, Z-GRAN BRETAÑA», 22 abril 1997.

³⁴ Ambos ratificados por España, Inst. Rat. 30 marzo 2007, BOE 21 de abril; así como el Protocolo Facultativo, Inst. Rat. De la misma fecha, BOE 22 abril.

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 razonables³⁵, que se definen como “(las) modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para un caso en particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2). Claro es que con una extensión material como la que se propone, sólo podemos hacer referencia a la dimensión laboral del Convenio.

La norma proclama, entre sus principios generales (art. 3) la “no discriminación” (apartado b); la “igualdad de oportunidades” (apartado e); la “igualdad entre el hombre y la mujer” (apartado g), de modo que los Estados firmantes deberán comprometerse (art. 4) a adoptar las medidas de toda índole necesarias, desde una perspectiva transversal³⁶, para “que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad”. Y, en relación con los derechos económicos, sociales o culturales, a “adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos” (art. 4.2). Los arts. 24.3 –formación–; 25 –salud–, 26 –habilitación y rehabilitación–; 28.2.e) –adecuado nivel de vida y protección social– constituyen un conjunto de preceptos próximamente referibles a instituciones laborales, que tienen como referente directo de sus normas al Estado parte en el Convenio. Hasta cierto punto es parecido el enfoque del art. 27, dedicado monográficamente al trabajo y el empleo, que diseña una amplia serie de objetivos y las políticas públicas en materia de promoción de los derechos de los discapacitados, vinculando la creación directa de empleo al sector público (art. 25.1.g), en tanto que en el sector privado ha de operar la promoción, si es necesario a través de “programas de acción afirmativa” (art. 25.1.h), y el control por los poderes públicos, cuando se haga necesario, de que “se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” (art. 25.1.f).

³⁵ El art. 5 del Convenio desarrolla este principio en términos claramente relacionados con los empleados en otros Convenios específicos de la ONU, en especial cuando, en su apartado 3, sostiene que *no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

³⁶ Art. 4.1.c): *tener en cuenta en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.*

Finaliza el Convenio estableciendo la creación de organismos específicos de análisis y control de su cumplimiento, fuertemente condicionados en sus competencias por la posibilidad de oponerse a este control activo por parte de los Estados miembros.. Pendiente de entrada en vigor hasta la ratificación por un mínimo de 20 Estados miembros de la ONU, se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007.

Todo este conjunto de medidas hacen frente a un diagnóstico sin duda sombrío. Según la OIT: menor nivel formativo; discriminaciones retributivas cuando acceden al empleo y, sobre todo, discriminación en el momento de la contratación, de modo que “en Europa, una persona entre 16 y 64 años de edad tiene el 66% de posibilidades de encontrar empleo. Esta tasa desciende al 47% en el caso de las personas con una discapacidad moderada y a un 25% para las que tienen discapacidades graves”³⁷, en aras de una valoración de las personas discapacitadas como improductivas, o costosas en el caso de que accedan al empleo³⁸.

A escala europea –excepción hecha de la UE– la doctrina del TEDH ha tenido muy pocas ocasiones de pronunciarse sobre este tema al no existir la discapacidad como causa de discriminación reconocida expresamente en él. No falta, sin embargo, la referencia a la tutela de los discapacitados y a la acción desarrollada en el ámbito del Consejo de Europa para fortalecer la argumentación a favor de un reclamante que había visto denegado su derecho a una pensión de invalidez por razón de nacionalidad y residencia en territorio francés [asunto³⁹ «*Koua Poirrez c. Francia*», de 30 septiembre de 2003 (40892/98)].

³⁷ Informe Director General de la OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 49.

³⁸ En efecto, como se ha dicho, “la entrada y permanencia en el mundo del trabajo presenta para las personas con discapacidad múltiples dificultades... con especial incidencia en los de mayor edad y las mujeres”, que se enfrentan, desde luego, a barreras físicas, pero también a barreras “de índole psicológica: reticencias, cuando no manifiestos prejuicios, de los empleadores a la hora de contratar a estas personas y falta de motivación y orientación de las propias personas con discapacidad”, Cabra de Luna, M.A., “Discapacidad y asuntos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias: Algunas consideraciones en materia de protección social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 50, pág. 31.

³⁹ “39. De l’avis de la Cour, le fait que le pays d’origine du requérant n’a pas signé une telle convention, alors même que le requérant s’était vu attribuer une carte d’invalidité, qu’il résidait en France, qu’il était fils adoptif d’un citoyen français résidant et travaillant en France et, enfin, qu’il avait préalablement bénéficié du RMI, ne saurait justifier, en soi, le refus de l’allocation litigieuse. S’agissant en outre d’une allocation destinée à une personne souffrant d’un handicap, la Cour renvoie également, à titre indicatif, au texte de la Recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6, adoptée le 9 avril 1992 (paragraphe 27 ci-dessus), qui vise à la mise en place d’une politique et de mesures adaptées pour les personnes handicapées, ainsi qu’aux conclusions du Comité européen des droits sociaux (paragraphe 29 ci-dessus)”.

La evaluación de la proporcionalidad de las prestaciones por minusvalía de un hijo en un caso de modificación normativa es el interesante tema sobre el que versa la STEDH «*Draon–Francia*», 6 octubre 2003 (1513/2003), pero, como en el caso anterior, el razonamiento no es básicamente antidiscriminatorio, sino referido al protocolo 1, art. 1 del Convenio, de tutela básicamente de la propiedad.

La edad es una causa de discriminación correctamente valorada por la OIT como “forma de discriminación recién reconocida”⁴⁰ –de hecho, en el plano de las grandes declaraciones de derechos asociados a la prohibición de discriminación, la primera mención al respecto se contiene en la Carta comunitaria de Derechos Fundamentales, art. 21.2–. Una discriminación emergente que, paradójicamente, puede tender a desplegar sus efectos en torno a los dos extremos de la pirámide: las personas más jóvenes y las de mayor edad. Y ambas caras del problema tienen una repercusión muy especial en el marco estrictamente laboral, al que conviene ceñirse dado el carácter general de los derechos que garantizan el adecuado tratamiento de jóvenes y mayores en todos los ámbitos de la vida. En el plano laboral es manifiesta, por una parte, la incidencia negativa en los jóvenes de la situación de desempleo, así como, en su caso, de empleo precario o mal remunerado, muchas veces al hilo de la creencia de que la precarización del empleo es la respuesta adecuada para hacer frente al paro juvenil. En efecto, en su “Informe sobre las tendencias mundiales del empleo juvenil”, de 2006, la OIT ya señalaba que los jóvenes tenían tres posibilidades más que los adultos de quedarse sin empleo, demostrando una especial vulnerabilidad frente al desempleo que no siempre fue adecuadamente valorada⁴¹.

También el desempleo crece en relación con los trabajadores de edad avanzada, fundándose para ello en creencias sobre su menor rendimiento, su obsolescencia profesional o su frágil salud, apenas resueltas en la Recomendación 162 de la OIT sobre trabajadores de edad, orientada a la promoción del empleo de estos trabajadores y a la promoción de la igualdad y no discriminación en el empleo, si bien dentro del nulo efecto vinculante de este instrumento.

Paradójicamente, en el marco de las políticas de empleo, bajo el impulso de la OCDE, la inclusión de estos trabajadores, jóvenes y mayores constituye un objetivo conveniente en el marco de una política de empleo insertada en la lógica del *workfare*, y no del subsidio y la expulsión del mercado de trabajo. Como veremos, ése es también el camino por el que se orienta la acción de la UE en el plano laboral.

⁴⁰ Director General de la OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 42.

⁴¹ Informe Director General OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 42.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS DIRECTIVAS 43 Y 78/2000

Como ha quedado dicho, el principio de igualdad en el marco de la UE ha sido, hasta cierto punto, una punta de lanza de reconocimiento de derechos de las personas en un marco originariamente muy escorado hacia planteamientos economicistas. Es lo que ha sucedido, muy marcadamente en relación con la libertad de circulación de trabajadores –y el básico principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los migrantes comunitarios⁴²–, y en relación con el sexo⁴³ como causa de discriminación, que, como es sabido, han generado una amplia serie de resoluciones judiciales y de normas comunitarias que definen con un alto nivel de detalle el alcance de esos derechos.

Por ello, para eludir la reiteración de conceptos de sobra conocidos ceñiremos nuestro análisis al impacto que, desde el plano de un reconocimiento más general del principio de igualdad, han tenido las Directivas a que se refiere el título, y en especial a la delimitación de las causas de discriminación prohibidas y a las peculiaridades que plantea la norma comunitaria en el marco internacional que se acaba de describir.

Pese a que ese sea el objetivo de este trabajo, sería erróneo un planteamiento que tratara de hacer tabla rasa de las vicisitudes reguladoras e interpretativas en el marco de las causas de discriminación por sexo o nacionalidad comunitaria. De hecho, es imposible prescindir de ellas si se tiene en cuenta

⁴² Con su compleja evolución hacia un derecho limitado de residencia. Vid. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. En especial, su art. 24: “Igualdad de trato.– 1. Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”.

⁴³ Desde el pleno reconocimiento de la paridad salarial en el art. 119 del Tratado de Roma.

hasta qué punto esa tarea previa de la Comunidad en su conjunto ha condicionado el régimen de las Directivas de 2000 y el alcance de los derechos que a su amparo se contienen.

Para comenzar la tarea impuesta hay que partir de la tendencia a la expansión del alcance del principio de igualdad en el marco del derecho originario desde la proclamación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales, en 1989, a la que expresamente remite el art. 136 del Tratado⁴⁴, que se refiere evidentemente a la igualdad entre hombres y mujeres, pero que incorpora otras manifestaciones de interés proyectadas sobre colectivos tendencialmente discriminados, en especial los trabajadores de edad avanzada y los minusválidos. Se trata sin embargo de una referencia enfocada desde la perspectiva de su protección social más que desde la igualdad propiamente dicha. De este modo, la verdadera expansión se produce con la incorporación de la Carta de derechos fundamentales en el Tratado de Niza, en 2001. Como ya se expuso más arriba, la Carta dedica uno de sus capítulos –el III– a la “Igualdad”, y bajo esta rúbrica comprende una serie de pronunciamientos no del todo homogéneos: la proclamación de la igualdad ante la ley (art. 20); y la prohibición de discriminación. Tras una casi exhaustiva lista de circunstancias prohibidas de discriminación, se añade que “dentro de la finalidad de aplicación del Tratado que establece la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión, y sin perjuicio de las particulares previsiones de estos Tratados, estará prohibida cualquier discriminación por razón de nacionalidad” (art. 21). El art. 22 de la Carta extrae parcialmente una consecuencia de esta serie de prohibiciones: la diversidad cultural, religiosa y lingüística como bien a respetar por la Comunidad; el art. 23 asume en este marco la proclamación de la igualdad entre hombres y mujeres, perfeccionado en su redacción e incorporando una referencia a medidas protectoras específicas que serían especialmente necesarias de cara a una jurisprudencia poco complaciente en este sentido. El art. 24 se centra en los derechos del niño, claramente ajenos al tenor literal y sistemático de este apartado de la Carta, y parecidamente hace el art. 25 en relación con los derechos de las personas mayores –referida al derecho de los mayores a “llevar una vida de dignidad e independencia y a participar en la vida social y cultural”–. Finalmente, el art. 26 asume la misma orientación protectora de las personas

⁴⁴ *La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.*

discapacitadas a ver respetados sus derechos a beneficiarse “de medidas establecidas para asegurar su independencia, su integración social y ocupacional y su participación en la comunidad”. En este último grupo de preceptos, pues, se encuentra un grupo de sujetos protegidos cuya protección no consiste precisamente en prohibir la discriminación, sino en ser promocionados para evitar su exclusión social y cultural. Sin duda se trata de objetivos de igualdad sustancial vinculados a la prohibición de discriminación, pero habrá que estar de acuerdo en que se enuncian de una forma deficiente, al soslayar el vínculo técnico con ésta, en la que encuentran su base.

En este ámbito, y al amparo de las previsiones del Tratado (art. 6), que basa la Unión en los principios de “libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH (y)...tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario”⁴⁵, y como corolario de varias iniciativas europeas contra el racismo y la xenofobia, de las que da cumplida muestra el Preámbulo de la Directiva, se elabora la Directiva 43/2000 del Consejo, de 29 de junio, cuyo objetivo es aplicar “el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”.

Con evidente realismo, la Directiva se describe a sí misma como “un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico” (art. 1), dando por sentado el reconocimiento previo y a otro nivel de esos derechos. Este matiz lo realizaría con todo acierto la doctrina sentada en el caso *Mangold*, dictada en relación con la Directiva 2000/78, por lo que remitimos a ella su análisis, no sin afirmar que también para la Directiva 2000/43 son extensibles los términos del razonamiento judicial. Con todo, se trata de una deficiencia, pero comprensible en el marco de la remisión al CEDH y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, donde esa tarea, con mayor o menor dificultad, se ha ido llevando a cabo durante decenios. Y se trata, además, de ampliar el objetivo perseguido, no restringiéndose a las dimensiones del empleo y la ocupación (como se hace en la Directiva 78/2000), sino abarcando a otros aspectos de integración social de los colectivos victimizados por esta causa de discriminación aunque, claro está, sin descuidar la dimensión laboral de ese problema de integración, que se hace patente también en otras políticas de la UE, señaladamente en materia de empleo⁴⁶. Así las cosas, las pautas reguladoras de la Directiva pueden sintetizarse como sigue:

⁴⁵ Invocación expresa contenida en el párrafo 2 del Preámbulo.

⁴⁶ Decisión 2005/600 del Consejo, de 12 de julio, en especial Directices 16 y 19. En esta última se hace expresa referencia a la necesidad de “asegurar unos mercados de trabajo inclusivos, aumentar el atractivo del trabajo y hacer que el trabajo sea remunerador para los solicitantes de empleo, entre ellos las personas desfavorecidas”.

- a) la amplitud de su ámbito de aplicación que se manifiesta, al menos, de dos formas básicas
- i) la aproximación a la causa prohibida de discriminación –la raza o el origen étnico de la normativa internacional– a través de sus resultados: el fenómeno del racismo y la xenofobia. Se trata de un paso original que, además de la prohibición de la discriminación por razón de raza, permite sin dificultad la persecución de aquellas ideologías que mantengan las bases teóricas que justifican el menosprecio de colectivos raciales, o que impulsan acciones sociales de persecución y agresión de los sujetos encarados por la Directiva. El eco de las legislaciones de algunos Estados miembros se hace patente aquí, con un significado claramente prohibitivo
 - ii) la referencia universal a todas las razas o colectivos discriminados tiene, sin embargo, su sede en una organización que no ha logrado todavía elevar la libertad de circulación fuera del marco económico en que esa libertad fue concebida. En ese sentido, la diferencia de trato por motivos de nacionalidad que se ampara respecto de los ciudadanos de países terceros, para entrar y permanecer en un país de la UE y del EEE puede coincidir en algunos aspectos con colectivos racialmente caracterizados, entrando en colisión con esa estructura. La duda que esta cuestión plantea pretende ser resuelta en el art. 3.2 de la Directiva, con una terminología rigurosa: “la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas”. La nacionalidad se superpone a la raza aparentemente, de modo que es susceptible de justificar diferencias de trato que en otro contexto ciertamente no serían permitidas, pero la afirmación inicial –“la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivo de nacionalidad”– no puede ser entendida sin el inciso siguiente: la autorización se desarrolla en el marco de la libertad de circulación de nacionales de terceros países y los límites que pueden serles impuestos en la entrada y permanencia en un país comunitario⁴⁷. Al margen de esta exclu-

⁴⁷ Sobre la relación entre ambos ámbitos competenciales, vid. Conclusiones del Abogado General en asunto *Jia*, cit. “26.– Tal y como sucedió en el asunto *Akrich*, el caso de la Sra. *Jia* revela la tensión básica inherente a la situación jurídica de los nacionales de países terceros que

sión instrumental es claro que en las condiciones de vida y trabajo de esos colectivos juega la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad⁴⁸. Y así se desprende del propio Preámbulo de la Directiva 2003/109, de 25 de noviembre (parágrafo 5) estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que excluye la posible discriminación por motivos de raza en referencia a este colectivo, deslindando en la medida de lo posible las nociones raza-libertad de circulación⁴⁹. Obviamente, no se

son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea. Esta tensión se deriva, por una parte, de las competencias de los Estados miembros en materia de inmigración (arts. 2 y 3 TCE) y, por otra parte, de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de personas dentro de la Comunidad. La competencia de los Estados miembros en materia de inmigración implica que la primera admisión en su territorio o en el territorio de la Unión Europea de un nacional de un país tercero está supeditada a un examen previo de sus circunstancias particulares. Sin embargo, el Derecho comunitario en vigor sobre la libre circulación de personas garantiza los derechos de entrada y residencia al cónyuge y a algunos otros miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea que ejercitan su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad, sea cual fuere la nacionalidad de estos familiares⁷.

⁴⁸ Vid. la extensa argumentación del Abogado General presentada el 26 de abril de 2006 en el caso «*Yunying Jia*», asunto C-105. En las que se ponen de manifiesto las distorsiones generadas por la restricción súbita de los derechos de reagrupación familiar en la Sentencia «*Hacene Akrich*», de 23 de septiembre de 2003 (C-109/01).

⁴⁹ Artículo 11.— Igualdad de trato.— 1. *Los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; b) la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios, de conformidad con la legislación nacional; c) el reconocimiento de los diplomas profesionales, certificados y otros títulos, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes; d) las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional; e) los beneficios fiscales; f) el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda; g) la libertad de asociación y afiliación y la participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidos los beneficios que tal tipo de organización pueda procurar, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y de seguridad pública; h) el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por la legislación nacional por razones de seguridad.* 2. *En relación con lo dispuesto en las letras b), d), e), f) y g) del apartado 1, el Estado miembro de que se trate podrá restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficios, se halle en su territorio.* 3. *Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes: a) los Estados miembros podrán mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE); b) los Estados miembros podrán exigir*

encuentra concernido el régimen de trabajadores beneficiarios de libertad de circulación, vid. Di 2004/38 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril.

- b) Importante resulta también, a la hora de delimitar los rasgos básicos de la Directiva mencionar el área material implicada en la prohibición de discriminación, que, como se ha dicho, va más allá del empleo o la ocupación para interferir en el conjunto de ámbitos enunciados en el art. 3: además del acceso al empleo y a las condiciones de trabajo; el acceso a la formación y orientación profesionales; la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o de empresarios o “en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”; la protección social, incluyendo la Seguridad Social y las prestaciones sanitarias; las ventajas sociales; la educación y el acceso a bienes y servicios. Un conjunto de ámbitos que, por lo demás, reproduce el elenco contenido en la Directiva 2003/109 citada, parece, extendiendo al conjunto de derechos previstos en ésta la prohibición de la discriminación por razón de raza.

Enunciado el ámbito de la Directiva, su contenido tutelar es claramente tributario de la experiencia de la UE en materia de discriminación por razón de sexo: el concepto y la tipología de la discriminación prohibida (art. 2). Peculiar resulta la definición del acoso –que abarca exclusivamente a la dimensión del acoso moral, quedando la del acoso sexual bajo el amparo directo de las Directivas sobre discriminación por razón de sexo–. Y de sumo interés el recordatorio de que la discriminación no se agota en los actos cometidos por un determinado sujeto, sino también en los casos en que ésta tenga su origen en órdenes de discriminar, con lo que se amplía el círculo de responsables de las conductas discriminatorias.

A continuación se admite la posibilidad de recurrir a la raza en casos en que ésta sea elemento determinante de la aptitud para desarrollar un determinado trabajo, siendo el fin legítimo y el requisito proporcionado (art. 4); la admisión de la licitud de la acción afirmativa a favor de las personas protegidas (art. 5);

que se acredite un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación. El acceso a la universidad podrá supeditarse al cumplimiento de requisitos previos educativos específicos. 4. Los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social. 5. Los Estados miembros podrán permitir el acceso a prestaciones adicionales en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. Asimismo, los Estados miembros podrán decidir que se otorgue igualdad de trato en ámbitos no considerados en el apartado 1”.

la obligación de los Estados de disponer procedimientos adecuados para exigir el cumplimiento de los derechos proclamados en la Directiva, incluida la posibilidad de acción en el proceso de organizaciones que ostenten un interés legítimo en la materia “en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización” (art. 7); las reglas sobre carga de la prueba, limitadas en todo caso en relación con el proceso penal, y facultativamente para los Estados en “los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos judiciales o a otro órgano competente” (art. 8); la garantía de indemnidad contra represalias (art. 9); el fomento del diálogo social para promover la aplicación del principio de igualdad por vías distintas de las normas estatales (art. 11); el diálogo con las organizaciones no gubernamentales para promover la igualdad (art. 12). Y, globalmente, el carácter mínimo de sus normas, que autoriza a los Estados a establecer condiciones más favorables (art. 6). El resto del articulado está encaminado al control de aplicación de la Directiva que, junto a las instancias comunitarias –enlazando con el papel del Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia, operante desde 1997, y dirigido a actividades de estudio, difusión y sugerencias de la situación comunitaria en este concreto aspecto, a través de los sucesivos Informes anuales–, debe complementarse con la creación en los Estados miembros de organismos específicos de promoción de la igualdad de trato (art. 13). En este contexto importa destacar la norma dedicada a la libertad del Estado para establecer las reacciones frente a las medidas racistas o xenófobas, recordando que “dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 15), en una fórmula que se ha hecho familiar en las Directivas contra la discriminación por razón de sexo.

Resulta de sumo interés destacar hasta qué punto la Directiva sobre raza tiene un significado –que comparte con la Directiva 2000/78– específico de desplazar a esta causa de discriminación no sólo una regla o conjunto de reglas escritas en el marco de un texto normativo, sino todo un acervo elaborado en torno a otra causa de discriminación, donde se han elaborado los conceptos básicos y de donde se pueden extraer pautas interpretativas de valor incalculable para entender el alcance de la Directiva. La Directiva 43/2000, ciertamente, no realiza ningún acto de remisión a las Directivas de discriminación por sexo, ni declara supletorias sus normas para las eventuales lagunas que presente. Pero, como se ha puesto de relieve en el marco de la jurisprudencia comunitaria, estamos en un nivel en que se manejan conceptos comunitarios, en los que la libertad de disposición del Estado se encuentra, por ello mismo, limitada. Conceptos como el de discriminación, discriminación indirecta, acoso, reglas como las de carga de la prueba son hoy un patrimonio europeo en la lucha contra la discriminación que se ha de entender

extensible a todas las causas en que se manifieste y no sólo en el sexo, aunque se afinaran ahí⁵⁰.

Presenta una estrecha conexión con la finalidad perseguida por la Directiva 43/2000 el esfuerzo de la UE por hacer del mercado de trabajo un mercado “inclusivo”, en que tengan cabida los colectivos desfavorecidos por la discriminación, y los esfuerzos políticos destinados a propiciar la integración social de colectivos definidos, más que por la raza en sentido estricto, por sus características culturales o sociales, con una atención especial al colectivo gitano⁵¹, la minoría étnica más numerosa de la UE, con problemas agravados en su dimensión por la ampliación a 25. Se trata, además de un esfuerzo coordinado en todas las políticas orientadas a la integración social de estos colectivos y otros racialmente caracterizados⁵². Y presente en el marco de la decisión del Consejo 2000/750, de 27 de noviembre por la que se establece un programa comunitario de acción para luchar contra la discriminación (2001–2006) en que se presta también una especial atención a la integración de las minorías raciales o étnicas.

La Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre, se encuentra claramente cortada por el mismo patrón que ha caracterizado la Directiva 43/2000, en ese sentido parte de la proclamación en el marco de la UE de la vigencia de los derechos humanos en la forma de reconocimiento del CEDH y de las tradicionales constitucionales comunes de los países miembros. Por eso el preámbulo de la norma dedica una extensa parte a las justificaciones teóricas de lucha contra la discriminación en el marco de la UE, extendiendo el ámbito de la prohibición a los “motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual” (art. 1) que, junto a la raza y el género, integran un elenco de causas de discriminación perfectamente coherente con los antecedentes que invoca, aunque no agote todos los supuestos de la propia Carta Comunitaria de derechos fundamentales, quedando al margen causas de discriminación consolidadas en el plano internacional (la propiedad, el nacimiento o

⁵⁰ El principio de no discriminación por razón de sexo o nacionalidad ha sido considerado en muchas ocasiones por el TJCE como un derecho fundamental con arreglo a la legislación comunitaria y cualquier excepción al mismo deben ser objeto de una interpretación estricta. Esta jurisprudencia influirá sin duda en el TJCE cuando examine por primera vez las Directivas “igualdad racial” e “igualdad en el empleo”, en *Libro verde sobre igualdad y no discriminación en la UE ampliada*, COM/2004/0379 final, pág. 7.

⁵¹ Sobre las condiciones de este amplio colectivo vid. Informe anual de la Comisión sobre Igualdad y no discriminación, 2005, pág. 25: “en todos los países donde existen estadísticas o encuestas observamos que la etnia roma tiene menor nivel educativo, tasas de paro mucho más elevadas, ingresos ampliamente inferiores y gozan de peor salud que el resto de la población”.

⁵² *Libro verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada* COM/2004/0379 final.

la pertenencia a una minoría nacional, cuya tutela deberá encauzarse a través de la referencia a la “raza”, como se ha visto en el plano de los Tratados generales), pero también causas potencialmente nuevas, discriminaciones “emergentes” que no tienen un papel asignado todavía en este ámbito por la normativa internacional (rasgos genéticos), y realizando un reconocimiento parcial de causas ya admitidas en el modelo del TEDH (identidad sexual, junto a la orientación sexual sí enunciada).

La pluralidad de causas de discriminación enunciadas no resulta explícitamente definida. En la misma línea que la Directiva 2000/43, los conceptos, con todas sus variedades y matices, se sobreentienden; se dan por sabidos, en una tácita remisión al estado de la cuestión en los dos grandes referentes de que se parte: las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y la práctica aplicativa del CEDH a través del TEDH.

Y ello, no por una especie de menosprecio de estas causas, que no son de menor importancia que las ya consagradas. Como se ha dicho al analizar la Directiva sobre raza, la prohibición de discriminación por estos motivos es un principio básico del Derecho comunitario, derivado del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, por ello no encuentra su consagración en la Directiva sino en esa propia naturaleza, que sólo requiere de la Directiva como apoyo, soporte de una lucha contra unas conductas prohibidas desde más alto en la pirámide de normas.

Sobre esa base se superpone el texto de la Directiva y realiza las matizaciones y exclusiones requeridas por las propias competencias de la Comunidad y la necesaria coherencia con principios básicos en que descansa el edificio comunitario. De nuevo la nacionalidad es un límite importante del juego de estos preceptos igualatorios, de ahí el cuidado por la Directiva en señalar que su texto no pretende sustituir las competencias de los Estados en materia de nacionalidad y extranjería, “y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas” (art. 3.2). Como en el caso de la Directiva sobre raza, este corte competencial no parece que sea fácil de extender a los derechos de los ciudadanos de terceros países ingresados regularmente en la UE, en el empleo y en las condiciones de trabajo y protección social, aspectos éstos regidos desde hace tiempo por la prohibición de discriminación por nacionalidad en el seno de una jurisprudencia comunitaria activista y proclive a potenciar la posición jurídica del trabajador extranjero.

Sentado lo anterior, la propia diversidad de las causas de discriminación prohibidas en esta Directiva general impide una solución homogénea y unívoca, al estilo de la respuesta planteada por la Directiva de raza. Cada una

de las causas de discriminación listadas tiene tras de sí, por supuesto, unas pautas internacionales que las interpretan, pero la Directiva 78/2000 no puede abstenerse de precisar y puntualizar el alcance de las mismas, señalando la extensión del área protegida y sus peculiaridades.

Así sucede, por ejemplo, en relación con la discapacidad como causa de discriminación, que es quizás la que más peculiaridades presenta, no tanto en su definición –que ya se ha dicho que está remitida a otros textos internacionales– cuanto en los contenidos de los derechos que otorga a los sujetos afectados por ella. De entrada, se parte de una afectación general a todos los ciudadanos discapacitados, salvo las Fuerzas Armadas si así lo decide el Estado miembro (art. 3.4)⁵³. Y la propia delimitación de lo que sean actos discriminatorios por discapacidad encuentra en ella una peculiaridad que impide la traslación mecánica de las normas de la Directiva 43/2000. Básicamente porque, junto a las formas típicas de discriminación, se añade en este caso una referencia elíptica a la doctrina del “ajuste razonable” y, por tanto será discriminatoria la inobservancia por “el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva” de la obligación “en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica” (art. 2.2.ii). Existe una clara llamada a la intermediación del Estado a la hora de precisar cuáles puedan ser esas medidas cuya inobservancia es equiparable a la discriminación, pero esa remisión queda en buena parte neutralizada con la delimitación, por el citado art. 5 de lo que han de ser “ajustes razonables”, que suponen que los empresarios adopten las medidas adecuadas “en función de las necesidades de cada situación concreta” para que las personas discapacitadas accedan al empleo, y progresen profesionalmente, siempre que esos ajustes “supongan una carga excesiva para el empresario”, tomándose en consideración, para valorar la intensidad de la carga las ayudas que el Estado miembro haya podido disponer sobre estas medidas, que es acción que se encuentra comprendida en las obligaciones generales del Estado de reaccionar contra la discriminación por esta causa. Una acción estatal que, para igualar, se encuentra impuesta, y, para

⁵³ Esta invocación de los Estados miembros en materia de defensa y seguridad pública ha resultado ser también un obstáculo en la aplicación de las Directivas en materia de discriminación por razón de sexo, sobre todo a la hora de restringir el acceso de las mujeres a ciertos cuerpos armados de élite u operantes en zonas de especial conflictividad. Véase el resumen de esta doctrina en la Sentencia *Sirdar*, de 26 de octubre de 1999 Recopilación 1999, p. I-7403. Me permito remitir sobre esta corriente doctrinal a mi trabajo: “Igualdad en el empleo y la ocupación”, *Temas Laborales* núm. 91/2007, monográfico dedicado a los aspectos socio laboral de la Ley de Igualdad, págs. 121 y ss.

proteger, permitida, en el sentido de que las reglamentaciones estatales destinadas a preservar la seguridad y salud de estos trabajadores no serán consideradas discriminatorias. Advertencia inútil si se tiene en cuenta los términos en que se concibe la prevención de riesgos desde la Directiva 89/391, e inadecuadamente incorporada a la posibilidad de acciones positivas de los trabajadores discapacitados “con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral” (art. 7.2).

Precisamente la necesidad de estos ajustes de tono mayor en el funcionamiento de los ordenamientos sujetos a la Directiva –y a diferencia de lo que sucede con otras causas de discriminación en que la simple prohibición puede ser efectiva– es la que justifica la prolongación en tres años de su plazo ordinario de entrada en vigor (art. 18)

La religión o convicciones –se entiende que coextensa con la libertad ideológica de los textos generales de derechos humanos– es otra de las circunstancias discriminatorias traídas al texto de la Directiva 2000/78, con la aparente finalidad de adaptar su contenido, no definido, a las peculiaridades concurrentes en los ordenamientos en los países miembros de la UE, más que en el intento de desarrollar aspectos nuevos de esas libertades. De hecho, las especialidades que se disponen en la Directiva de igualdad son, en todos los casos, disposiciones de excepción al juego general de sus reglas de prohibición de la discriminación religiosa o ideológica, atendiendo a las peculiaridades de los ordenamientos de ciertos países miembros.

- a) Sistemáticamente, la primera de estas excepciones hace referencia a la discutida materia de las empresas de tendencia haciendo frente a la cuestión desde varios ángulos:
 - el primero, que “las iglesias y las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones” como cristalización colectiva que son de los derechos fundamentales de las libertades religiosa y opinión, generan una unidad empresarial en la que el respeto a la ética de la organización constituye un elemento fundamental para todo su personal. Una actitud de respeto, no de adhesión activa y militante, que cifra el equilibrio de las dos libertades en el mínimo de coexistencia necesario para el cumplimiento de los fines de la organización y que se podrá exigir de sus trabajadores “actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales”, incluidas entre ellas la propia prohibición de discriminación en cuanto se impongan obligaciones que superen ese punto de equilibrio (art. 4.2.2).
 - el segundo, siempre bajo la cláusula *stand still*, la posibilidad de que esas mismas organizaciones de que se ha hablado en el punto

- anterior mantengan, sin que resulte discriminatoria “una diferencia de trato basada en la religión o en las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de esas actividades, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”, diferencia que podrá mantenerse “respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo” (art. 4.2.1). El problema de la existencia de estas organizaciones ha sido discutido, y permanece discutido en los países de nuestro entorno, y de alguna manera la Directiva incorpora un nuevo árbol al bosque, al establecer la excepción a la irrelevancia profesional de las convicciones seguida a continuación de una invocación al Derecho comunitario –que no las ha mencionado hasta la fecha– y a otras causas de discriminación, que podría ser redundante a menos que se interprete que la causa de discriminación puede ser la propia restricción del derecho cuando se ha excedido de los límites requeridos por la salvaguardia de la integridad ética de la organización.
- el tercero que, incluso en relación con las empresas de tendencia, las excepciones a la igualdad de trato sólo se admiten en países que tenían estas figuras incorporadas a su legislación o a su práctica en el momento de entrada en vigor de la Directiva. Cabe plantearse ahora si esta figura no va a ser contemplada en otros países en que esa regulación no se produjo o en que las prácticas no se consolidaron, permaneciendo la situación discutida y discutible. No parece que esta posición pueda admitirse sin más. Y para ello basta tener en consideración la referencia general a la idoneidad de las diferencias de trato, incluso basadas en la libertad religiosa o de opinión, “cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado” (art. 4.1). En el marco de organizaciones que plasman la vertiente colectiva de la libertad religiosa y de opinión, y respecto de aquellas tareas que marcan la línea ideológica o doctrinal, y aún encarnan a la propia organización frente a terceros, es claro que la idoneidad misma para desarrollar esas “tareas de tendencia” comprende una adhesión personal al ideario de la organización que puede reconducirse al párrafo primero del art. 4 que, si acaso, es matizado, no excepcionado por los párrafos que le siguen y de los que acabamos de hablar.

- b) Una segunda excepción o limitación, más contundente si cabe que las que se acaban de comentar, la constituyen las reglas ex art. 15, referidas a Irlanda del Norte⁵⁴, que, con el propósito de propiciar un mayor equilibrio entre las comunidades enfrentadas, admiten diferencias de trato en la contratación en relación con los servicios policiales y el cuerpo docente de las escuelas de Irlanda del Norte, siempre y cuando tal diferencia de tratamiento haya sido autorizada por la legislación nacional.

Como ya se ha tenido ocasión de examinar al hablar del sentido general de las causas de discriminación, la edad va ascendiendo en importancia como elemento generador de diferencias de trato injustificadas que se dirigen contra las personas mayores o los jóvenes. Con la posible excepción de su aplicación a las fuerzas armadas (art. 3.4), la Directiva cuida de mantener al margen de la prohibición de esta causa de discriminación la materia de las pensiones y prestaciones de los regímenes profesionales de Seguridad Social vinculadas a ella (art. 6.2), que queda remitida a la acción de los Estados “siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo”. Y de extender esta excepción, por la vía de declarar su inaplicabilidad, a “los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social” (art. 3.3).

Paradójicamente, las referencias a la edad en la Directiva están destinadas a marcar límites a su utilización como factor diferencial pero que, dentro de los límites marcados, será lícito emplear este criterio como pauta de asignación de derechos o deberes, participando en cierta medida de una visión de necesario relevo generacional en el trabajo que no siempre corresponde con la filosofía de las propias Directrices para el empleo.

Al respecto resulta fundamental el art. 6, que autoriza las diferencias de trato por razón de edad “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Sigue a la declaración general un enunciado de supuestos particulares en que puede concretarse: a) establecer condiciones de acceso al empleo y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo para jóvenes, trabajadores de mayor edad o personas con responsabilidades familiares a cargo; b) establecer condiciones mínimas de edad o de experiencia profesional

⁵⁴ Sobre estas reglas, vid. www.opsi.uk

para acceder al empleo o a ventajas que se desprendan del mismo; y c) establecer una edad máxima para la contratación “que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación”.

Precisamente las excepciones del art. 6 ya han dado lugar a cierta contradicción interpretativa del TJCE que augura un largo debate.

La primera resolución que sienta las bases del debate es la Sentencia dictada en el caso «*Mangold*», de 22 de noviembre 2005 (C-144/04), a raíz de un litigio promovido por un trabajador con quien la empresa para la que venía trabajando concertó un contrato por tiempo determinado sin causa, al haber alcanzado la edad de 52 años. Todo ello sucedía antes de la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, y el análisis se plantea desde la perspectiva del Acuerdo marco de contratación temporal (Directiva 1999/70). La argumentación de que dicha medida era válida desde la perspectiva de fomento del empleo y de la propia Directiva de contratación temporal es la primera observación del Tribunal. Junto a esta argumentación, el Sr. Mangold alegó la vulneración de la Directiva 2000/78 en cuanto constituía una discriminación por edad. El TJCE considera que en el caso, efectivamente, existe una diferencia de trato por edad, que puede estar justificada por motivos de fomento del empleo, pero que esta argumentación no es por sí sola suficiente en todos los casos, pues la diferenciación, además de legítima, ha de ser proporcionada. Y “tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien en la medida de lo posible el principio de la igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido” (65⁵⁵). Por tanto esa disposición automática no puede ampararse en la excepción contenida en el art. 6 de la Directiva 2000/78.

Es más, aún a pesar de que en el momento en que los hechos sucedieron no había expirado el plazo para transponer la Directiva, el TJCE realiza una valiosa aportación al papel de las Directivas antidiscriminatorias y no sólo en relación con la edad “la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el prin-

⁵⁵ Con cita de la STJCE «*Lommers*» (C-476/99).

principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su art. 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto “establecer un marco general para la luchar contra la discriminación por motivo de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual”, mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (74), de donde que “el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general en el Derecho comunitario” (75), que no “puede depender, por sí sólo de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad, especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas para la aplicación de dicha Directiva” (76).

Una sentencia sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional español ocupa el otro platillo de la balanza, a favor del uso de la fijación de límites por edad al disfrute normal de condiciones de trabajo. En el caso, la jubilación forzosa prevista en Convenio Colectivo, obligando al Tribunal a valorar el resultado de una errática política sobre la extensión que podría llegar a tener la Disposición Adicional 10ª del ET (finalizada por ahora en la Ley 14/2005, de 1 de julio). Es el caso de la STJCE «Palacios De La Villa», de 16 octubre de 2007 (C-411/05), en la que el recurrente había visto extinguido su contrato por jubilación forzosa al amparo de lo previsto en el Convenio de Comercio Textil de Madrid vigente a la sazón, por cumplir los 65 años habiendo reunido los requisitos necesarios para percibir el 100% de la cuantía de la prestación por jubilación que pudiera corresponderle. En su resolución, el TJCE, tras soslayar el problema que planteaba su propia competencia para conocer de cuestiones de jubilación, dadas las excepciones de la Directiva, centra el análisis desde la perspectiva de la extinción del contrato por edad, una “condición de trabajo” sobre la que sí puede pronunciarse. Así las cosas, la reconducción del problema al art. 6 de la Directiva es inevitable, y cabe destacar el esfuerzo interpretativo del Tribunal para encajar esta medida en el marco de la legalidad comunitaria, al menos por dos motivos: porque la norma en cuestión no establecía un ligamen directo entre la extinción del contrato de este trabajador y la contratación de un nuevo trabajador en el puesto vacante; y porque la propia evolución errática de la normativa española al respecto hacía difícil una valoración contundente al respecto. El TJCE aborda sin embargo la cuestión mediante una valoración del “contexto” en que la medida fue tomada, del que deduce una conexión directa con la finalidad de fomento del empleo,

que enlaza, no ya sólo con las excepciones de la Directiva, sino con el propio art. 2 TCE, que señala la promoción del empleo como de los objetivos de la Comunidad. Se trata, pues, de una justificación “objetiva y razonable”, y proporcionada, cabe añadir, pues no menoscaban excesivamente “las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en la pensión de jubilación”⁵⁶.

Parece que la consideración de que el interesado tenía derecho a percibir una prestación pública (la pensión de jubilación) a consecuencia del perjuicio causado por la extinción de su contrato puede ser el factor diferencial clave entre las dos Sentencias, sin que, como en el caso «*Mangold*», el Tribunal entre a valorar si este tipo de medidas no han demostrado ser operativas y satisfactorias en orden a facilitar el relevo generacional, y a la coherencia de esta tesis con otras políticas comunitarias, como las de empleo, orientadas a retardar la salida del mercado de trabajo.

Finalmente, la orientación sexual ha sido un añadido en las causas potenciales de discriminación que aparentemente demuestra la “puesta al día” de las causas clásicas de discriminación, que ha dado origen a alguna interesante jurisprudencia. Para comenzar, ya hemos visto que “orientación sexual”, en el plano de los Tratados internacionales, se conecta con la homosexualidad, desde luego, y probablemente con la bisexualidad. No se conecta, en cambio, tradicionalmente con la “identidad sexual”, el supuesto típico de los transexuales.

La jurisprudencia del TJCE en cierta medida se ha anticipado al debate y lo ha resuelto en línea con la que sería después la tesis del TEDH. Ya en la Sentencia «*P contra S*», de 30 de abril de 1996 (C-13/94) consideró que concurría una discriminación por razón de sexo con motivo de un despido de un transexual subsiguiente al cambio de sexo, argumentando sobre la relevancia que la prohibición de discriminación por sexo posee en el marco comunitario como principio básico de su Derecho. Como punto de partida, hace suya la definición de transexual elaborada por el TEDH “16. Hay que señalar, en primer lugar, que, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se entiende usualmente por ‘transexuales’ aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equí-

⁵⁶ Antecedente de la Sentencia «*Palacios de la Villa*» puede citarse la dictada en el caso «*Mangold*», 22 noviembre 2005 (C-144/04).

voca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible” (Sentencia «Rees», de 17 de octubre de 1986, serie A, volumen 106, apartado 38)”. Así las cosas “(20)... el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado”. Y en este caso tal ha sido lo sucedido pues “la discriminación de un transexual se basa «esencialmente, si no exclusivamente» en el sexo del interesado (21)”.

La Sentencia «Grant», de 17 de febrero 1998 (C 249/96), en cambio, difería en la solución dada a un caso en que la reclamante solicitaba de la empresa de ferrocarriles británica un descuento concedido a sus empleados, a sus cónyuges y a personas a su cargo. En el caso se trataba de una pareja estable homosexual, y el TJCE, aunque admite que el beneficio pretendido puede considerarse “retributivo”, no puede, en cambio considerarse que su denegación al otro miembro de una pareja homosexual constituya una discriminación prohibida, porque se extiende tanto a trabajadores como a trabajadoras con parejas de distinto sexo, y porque en el estado actual del derecho comunitario no es posible considerar que exista un consenso suficiente sobre esta materia como para justificar una ampliación a estos colectivos de las reglas generales sobre discriminación.

Varios años más tarde, la Sentencia «K.B.», de 7 de enero 2004 (C-117/01), vuelve sobre la jurisprudencia *Grant* para desautorizarla. El caso se planteó desde la perspectiva de exigir el reconocimiento del derecho a percibir una pensión de viudedad por parte de una de las partes de una pareja transexual, fundada en que no habían contraído matrimonio ni podían hacerlo bajo la legislación inglesa. El TJCE, haciendo suya la doctrina del TEDH en el caso «*Goodwin*», da por reproducidas sus tesis y concluye afirmando que “una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del art. 141 TCE” (34⁵⁷).

⁵⁷ Un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TJCE al respecto, en las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabe Colomer (formuladas el 6 de septiembre de 2007) al caso «*Tadao Maruko C*» 267/06, relativa a un caso de solicitud por un miembro de una pareja transexual de una pensión de viudedad al fallecimiento de su pareja. La pareja era estable y estaba inscrita, pero no había podido contraer matrimonio bajo la vigencia de la legislación alemana de Seguridad Social, que igualmente preveía este requisito como sine qua non para las pensiones de viudedad.

Así pues, el TJCE, al igual que el TEDH ha concluido por ahora una larga evolución en la que el sexo como factor biológico de diferenciación entre hombres y mujeres avanza hacia una noción, más genérica, de sexualidad, en la que tendrían cabida otras opciones sexuales diversas del matrimonio. Una evolución en la que, paradójicamente, pueden quedar desprotegidas las parejas estables heterosexuales respecto de la normativa de Seguridad Social. Ciertamente se trata de una jurisprudencia sentada con ocasión de aplicar la Directiva 75/117, pero puede considerarse extensible a todos estos supuestos, si no por la virtualidad de las directivas de igualdad por razón de sexo, por el juego de ésta de la igualdad “general”.

Delimitadas así las causas de discriminación enunciadas en la Directiva 2000/78, en principio, la dinámica de la norma tiende a extender a los colectivos mencionados –con sus excepciones y particularidades– las reglas generales de tutela antidiscriminatorias que se han ido consolidando en relación con el sexo o la raza. Pero lo hace con bastante más cautela.

Para empezar, la prohibición de discriminación no afecta a un ámbito como el reservado para la Directiva 2000/43, sino a (art. 3.1):

las condiciones de acceso al empleo o a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluyendo “los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional”
el acceso a todos los niveles de formación profesional
las condiciones de trabajo, en especial despido y remuneración
la afiliación y participación en sindicatos u organizaciones profesionales.

Es evidente que, a diferencia de la de raza, ésta es una Directiva estrictamente laboral, que deja de lado los aspectos sociales como regla general, aunque no pueda impedir que surjan en relación con algunas causas concretas de discriminación (como la discapacidad, por ejemplo).

Todo ello con la salvaguardia de que el reconocimiento de la prohibición de discriminar no alcanza a perturbar las competencias de los Estados para determinar las reglas sobre estancia y residencia en sus respectivos países de nacionales de terceros países y de apátridas, así como “el trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas” (art. 3.2), lo que, como se ha visto al examinar la Directiva de raza, no parece que pueda suceder más que en las condiciones de entrada en el país, no durante la estancia en él y en referencia a las causas de discriminación enunciadas en la Directiva que se examina.

A diferencia de la Directiva sobre raza, la 2000/78 impone una serie de limitaciones a la efectividad de su contenido, operante “sin perjuicio de las

medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos” (art. 2.5). Unas reservas a favor del orden y la seguridad y salud públicas que enlazan con las reservas potenciales a los derechos consagrados en el CEDH, y con la conflictividad potencial del reconocimiento implícito de ciertas libertades (como la ideológica o la religiosa), probablemente, por lo que hubiera sido preferible que el límite se predijese de ellas y no de todas.

Respecto de todo este conjunto de materias se proyectan –no sin matices y cautelas– las definiciones consagradas en la normativa comunitaria sobre lo que sea discriminación⁵⁸, discriminación indirecta⁵⁹, o acoso (art. 2), incluyendo en el concepto también a las órdenes de discriminar por alguno de los motivos prohibidos. Se prevén asimismo medidas de acción positiva, en el art. 7, con doble formulación: una, general, que coincide con la tradicional en los Tratados sobre discriminación y la utilizada en la Directiva 2000/43; otra, centrada en las personas con discapacidad, respecto de las cuales “el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, 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” (art. 7.2)⁶⁰, como puede verse, se trata de reglas redundantes, deducibles sin dificultad del resto del texto de la norma y del Convenio mundial sobre las personas con discapacidad, por ello puede entenderse que en este punto la Directiva adopta una función declarativa y clarificadora.

Finaliza la Directiva proclamando su carácter de norma mínima (art. 8) y desplegando la panoplia de normas sobre tutela de los derechos de las víctimas de la discriminación:

⁵⁸ Dedicándose el art. 6 de la Directiva a declarar los supuestos en que será razonable una diferencia de trato fundada en la edad: “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de políticas de empleo, de mercado de trabajo y de la formación profesional y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”.

⁵⁹ Con matices específicos en razón de la no observancia de las reglas de “ajuste razonable” por parte de “el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva”, en el sentido regulado en el art. 5, como ya hemos tenido ocasión de ver.

⁶⁰ Sobre las medidas posibles, vid. Cabra de Luna, MA, “Discapacidad y aspectos sociales...” cit., págs. 31 y ss.

a contar con medios de reacción eficaces frente a estas conductas, particularmente en lo relativo a la carga de la prueba, que gira en torno a un modelo de indicios, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones más favorables y que no se aplicarán a los procedimientos penales o aquellos otros “en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”.

las reglas de aligeramiento de la carga de la prueba, por otra parte, se extenderán a las asociaciones u organizaciones con interés legítimo en la defensa frente a la discriminación (art. 10.4).

imponiendo la obligación estatal de establecer procedimientos adecuados para posibilitar a la víctima de la discriminación su defensa en casos de represalia por haber ejercitado reclamaciones en defensa de su derecho a la igualdad.

y encomendando a los Estados miembros promover el diálogo social sobre estos extremos, incluyendo la conclusión de Convenios en el nivel adecuado, que deberán respetar las disposiciones mínimas de la Directiva 8 (art. 13).

El seguimiento de la UE acerca del proceso de transposición de estas Directivas al Derecho interno de los países miembros se ha planteado casi desde el inicio, a través de la Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001/2006): ese mismo esfuerzo revela, por una parte, lo fragmentario de la regulación de la prohibición de discriminación en los Estados, incluso a nivel constitucional, y, paralelamente, y con todas las dificultades de retrasos en la transposición, los importantes cambios legislativos que han tenido lugar en los ordenamientos de los distintos países miembros para una adaptación compleja.

El punto de partida no era demasiado esperanzador. En relación con la Directiva 2000/78 estudios de EIRO permiten concluir que, a fecha de 2000, “parece haber habido una ‘jerarquía de motivos’ en relación con las causas de discriminación...mientras que muchos países tenían una legislación especial protectora de los ciudadanos frente a la discriminación en el empleo causada o la religión o creencias, sólo la mitad tenían normas expresas contra la discriminación por discapacidad y orientación sexual, y sólo una cuarta parte tenía algún tipo de norma relativa a la discriminación por edad”⁶¹. Sin embargo, en

⁶¹ Eironline–2004–02 Overview of the implementation of the framework equal treatment Directiva.

la fecha de redacción del informe EIRO (2004) “casi todos los países han extendido la protección frente a la discriminación a nuevos grupos, especialmente en lo referente a la orientación sexual y edad. En segundo lugar, ha habido una profundización de la protección en varios países que han dado pasos para asegurar que la gente esté protegida frente a la discriminación en todos los aspectos de la vida laboral (reclutamiento, selección, salario, formación y promoción, despido y acoso). En tercer lugar han tenido lugar importantes cambios procedimentales en aras de impulsar a los ciudadanos a reclamar contra las discriminaciones. Ello incluye un agravamiento de la carga de la prueba del empleador y el ofrecimiento de posibilidades a organizaciones colectivas tanto como a trabajadores individuales para ejercitar acciones. En muchas instancias –concluye EIRO su comentario– fueron estos últimos cambios los que han presentado más controversia”. Desde el punto de vista de los concretos motivos de discriminación ha sido el más discutido la edad, en un contexto en que resultan discutidos problemas como el adelantamiento de las edades de jubilación y la eficacia práctica de medidas de empleo basadas en el relevo generacional”⁶².

Ello contrasta con el énfasis puesto por la UE en promocionar la permanencia en el trabajo de los trabajadores mayores, el acceso de los jóvenes a ese mercado de trabajo y la promoción del trabajo de los discapacitados, a través de la proclamación de “años europeos” en relación con colectivos discriminados: jóvenes; contra el racismo; discapacitados, y con la propuesta de habilitar técnicas de *mainstreaming* también en relación con el empleo de los discapacitados, que permanece estancado⁶³ y lejos de alcanzar los objetivos generales de Lisboa.

Las contradicciones internas en la aplicación progresiva de la igualdad general –y no sólo entre mujeres y hombres– han sido puestas de relieve por la Comisión Europea, denunciando las dificultades del proceso de extensión a formas nuevas de discriminación⁶⁴, particularmente en el plano de los derechos laborales. En este documento se pone de relieve que, habiendo existido importantes transformaciones legislativas en los Estados miembros, sin embargo, el proceso de íntegra transposición de “disposiciones esenciales” no se ha concluido. Especialmente por lo que concierne a la existencia de órganos espe-

⁶² Overview..., cit., pág. 20.

⁶³ Comisión Europea, “Disability mainstreaming in the European Employment Strategy”, EMPL/A/AK D (2005).

⁶⁴ Especialmente, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos” COM (2005) 0224.

cializados eficaces, “dotados de los recursos necesarios y con capacidad para prestar una ayuda independiente a las víctimas”, así como “la escasa atención prestada a la difusión de información sobre los nuevos derechos vinculados a la no discriminación”. Así como la ausencia de esfuerzos particulares para combatir la discriminación y marginación que sufren en Europa determinadas minorías étnicas, con especial referencia a los gitanos. Por ello, además de culminar el trabajo de transposición, la Comisión recomienda:

- acometer “acciones específicas de formación y refuerzo de las capacidades destinadas a los organismos especializados en materia de igualdad, los jueces, los juristas, las ONG y los interlocutores sociales”
- crear “redes e intercambio de experiencias entre las partes interesadas” y
- sensibilizar y difundir “las disposiciones normativas y nacionales para luchar contra la discriminación”

Todo ello teniendo en cuenta que, dadas las dificultades de transposición, la Comisión declara que no tiene intención de elaborar nuevas normas al amparo del art. 13 TUE, aunque no descarte la posibilidad de extender evaluaciones de impacto sobre estos concretos motivos de discriminación al momento de diseñar las distintas políticas comunitarias y la puesta en servicio, a estas finalidades, de los diversos Fondos comunitarios.

Un proyecto de potenciación de reglas ya existentes y de su eficacia, en el que la proclamación simple de derechos, por ahora, ha terminado, estando la acción común orientada a la efectividad de los concedidos. Y en el que, por las razones expuestas, parece que no se van a generar tutelas frente a nuevas formas emergentes de discriminación. No es una decisión imprudente, para no trivializar el sentido profundo de la discriminación y de los mecanismos que ha generado contra ella una práctica internacional prolongada y compleja. Pero la realidad proporciona datos alarmantes de nuevas prácticas que pueden poner en entredicho la dignidad humana, por emplearse criterios distintivos poco conformes con ella. Sólo por citar algunos, el aspecto físico del trabajador en la cruzada anti obesos, viejos o poco agraciados físicamente; o la infección por el VIH o resultados que puedan haberse obtenido de pruebas genéticas, por ejemplo. Algunos de estos comportamientos pueden hallar anclaje en otros derechos fundamentales (la intimidad del trabajador, el polivalente art. 8 del CEDH en cuanto defensor del derecho a la vida privada). Otros, en cambio, se encuentran en manos del juego del mercado, quizás para estas diferenciaciones emergentes la tutela antidiscriminatoria puede ser una pauta inicial que sugiere respuestas frente a ellas, siquiera sea por la técnica de la analogía, porque el de discriminación es un concepto técnico, pero sus finalidades emancipadoras de

colectivos victimizados y las técnicas generadas con este fin le hacen idóneo para seguir el devenir social probablemente con mayor agilidad que la que hemos demostrado los juristas y los instrumentos internacionales a la hora de su detección.

SALARIOS Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: UN PANORAMA LLENO DE INTERROGANTES*

WILFREDO SANGUINETTI RAYMOND

Profesor Titular y Catedrático Habilitado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Salamanca

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Incentivos Salariales

El aumento de la competitividad y la emergencia de un nuevo modelo de empresa están favoreciendo el desarrollo de políticas retributivas nuevas, caracterizadas por una transformación de la función tradicional del salario, que pierde su condición exclusiva de contraprestación del trabajo, para convertirse en un instrumento más de las políticas de recursos humanos, a través del cual se busca influir en las conductas de los trabajadores.

El presente estudio, que tiene como base los informes bianuales elaborados por el grupo dedicado al estudio de los salarios al interior del *Observatorio de la Negociación Colectiva*, núcleo de investigación de carácter multidisciplinar del que participa el autor, busca pasar revista a los desafíos que las transformaciones del salario plantean a la negociación colectiva española, así como la manera como ésta viene respondiendo a los mismos.

El panorama resultante es uno lleno de claroscuros, en la medida en que permite apreciar cómo la misma no alcanza aún a asumir y gobernar estos procesos, quedándose en buena parte de los casos al margen de ellos y asumiendo en otros esencialmente un papel de instrumento de legitimación de las políticas empresariales de reducción de costes y fomento de la flexibilidad salarial sin contrapesos y garantías suficientes de carácter colectivo.

ABSTRACT

Key words: Collective bargaining, salary incentives

Considering the increase in competitiveness and along with the new and emerging enterprise model, the salary of a worker has transformed as a tool for human resources policies. The salary "as such" has been transformed from just being a payment retribution to now being a tool for influencing worker's behaviour and needs. The present work aims to evaluate the biannual report of the Collective Bargaining Observatory (Observatorio de la Negociación Colectiva), that in such core multidisciplinary research group the author belongs to, and deals with income distribution seeking to evaluate transformation of income challenges in the Spanish collective bargaining process and the way that it has been tackled this issue.

The outcome are just grey areas. One can say that this measure has not been achieved or does not rule any process, and essentially left aside and assuming the enterprise policies to reduce costs and foster salary flexibility without reaching collective guarantees.

* El artículo que se reproduce a continuación tiene su origen en la invitación cursada al autor para participar en la edición conmemorativa del sexagésimo aniversario de la revista uruguaya *Derecho Laboral*, coincidente en el tiempo con el sexagésimo aniversario de los *Consejos de Salarios* en dicho país. A través del mismo el autor desea rendir homenaje a la doctrina laboralista uruguaya y a sus maestros, entre ellos muy especialmente al recientemente desaparecido Profesor Américo Plá Rodríguez.

ÍNDICE

1. PREMISA
2. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL SALARIO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y PRODUCTIVO
3. LUCES Y SOMBRAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE SALARIOS
 - 3.1. La diferenciación retributiva como instrumento de reducción de costes laborales: la proliferación de las “dobles escalas” salariales
 - 3.2. La difícil colectivización de las nuevas formas de retribución por rendimiento
 - 3.3. La instrumentalización del salario en especie y las percepciones extrasalariales

1. PREMISA

Las reflexiones que siguen tienen como hilo conductor las transformaciones que viene experimentando en España el tratamiento del salario. Su propósito no es, sin embargo, centrarse en la evolución de su régimen legal, pese a la importancia que sin duda posee la variable legislativa en el tratamiento de las cuestiones retributivas, sino prestar atención a su regulación por la negociación colectiva española más reciente. El interés de este tipo de análisis se advierte a poco que se pase revista a los condicionantes que los cambios experimentados en los últimos años en el contexto económico y productivo vienen desplegando sobre el tratamiento del salario llevado a cabo hasta el momento por la negociación colectiva en la mayor parte de países de capitalismo avanzado. El punto de partida de nuestro análisis estará constituido, en virtud de ello, por una breve aproximación a tales condicionantes y a los principales desafíos que éstos plantean a la autonomía colectiva.

2. LA DIFÍCIL RELACIÓN ENTRE EL SALARIO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ACTUAL CONTEXTO ECONÓMICO Y PRODUCTIVO

Dada su naturaleza de contraprestación económica por el trabajo, el salario constituye una de las instituciones del ordenamiento laboral que de forma más clara e inmediata puede verse influida por los cambios operados en el contexto dentro del cual deban desarrollarse las actividades empresariales. Para tomar cuenta de la exactitud de esta afirmación, basta con pasar revista, siquiera brevemente, a las transformaciones que el cambio de modelo económico y productivo actualmente en marcha viene promoviendo sobre el tratamiento de la variable retributiva.

El aumento de la competitividad, fruto del despliegue del proceso de globalización, unido a la emergencia de un nuevo modelo de empresa, que se aparta

con cada vez mayor claridad del modelo típico de empresa industrial para responder a los desafíos planteados por la nueva forma de desarrollo de la actividad económica, están favoreciendo el desarrollo de políticas retributivas nuevas, desconocidas o muy poco utilizadas en el pasado. Este proceso de adaptación, que puede apreciarse de una manera u otra en la mayor parte de sistemas de relaciones laborales que se desenvuelven en el marco de economías abiertas a la competencia internacional, encuentra dos vías principales de expresión, no necesariamente incompatibles entre sí.

La primera de ellas busca elevar la competitividad empresarial a través de la contención de los costes del factor trabajo. Aquí encuentran su razón de ser, no solamente el endurecimiento de las posiciones empresariales dentro de los procesos de negociación –individual y colectiva– de los salarios registrado en los últimos años en muchos países, sino también el desarrollo de estrategias de diferenciación retributiva en perjuicio de determinados colectivos de trabajadores, caracterizados por lo general por su debilidad contractual. La fijación de salarios inferiores para los trabajadores temporales, de nuevo ingreso o de inferior edad, incluso cuando realicen tareas similares a las del resto de personal, de la que aportará algunas muestras más adelante, constituye una manifestación clara de esta tendencia de huida de la uniformidad salarial motivada por razones exclusivamente económicas, que puede producirse tanto por la vía de la exclusión de dichos trabajadores del ámbito de aplicación del convenio colectivo que regula los salarios del conjunto como a través de la previsión dentro del propio instrumento convencional de retribuciones inferiores para los mismos. Ésta es una tendencia que corre paralela, por lo demás, a la del recurso a formas de “externalización” o “descentralización” de determinadas fases de los procesos productivos, por lo general de carácter no nuclear, con el propósito de conseguir igualmente la elusión de la aplicación de las normas convencionales, por definición más favorables, aplicables al personal que desarrolla sus tareas de manera directa para la sociedad que recurre a estas prácticas.

El anterior es, sin embargo, un enfoque puramente cuantitativo de la competitividad que solamente puede ser aplicado a ciertos grupos de trabajadores, que por su falta de poder negociador o el carácter no esencial de su aportación al proceso productivo del que se trate, no están en condiciones de rechazar los tratamientos peyorativos a los que se ven abocados o pueden ser fácilmente “externalizados”. El planteamiento debe ser necesariamente distinto, como salta a la vista, tratándose del personal “de núcleo”, que desarrolla funciones que forman parte de los cometidos esenciales de la unidad empresarial. Y más aún si se trata de trabajadores que se ocupan de tareas de valor estratégico para la organización u ostentan posiciones de dirección o mando dentro de la misma. Es obvio que, por lo que respecta a este colectivo, el único camino a los efectos de favorecer una mejora del rendimiento de la

organización y un reforzamiento de su capacidad competitiva radica en adoptar medidas que sean capaces de incentivar la eficiencia y la productividad de sus integrantes, así como su vinculación a los objetivos empresariales.

Es en la satisfacción de esta necesidad, que exige la adopción de un enfoque cualitativo en vez de cuantitativo de la competitividad, que encuentra su fundamento el impulso que vienen experimentando en los últimos años los sistemas de retribución variable, ya se trate de las tradicionales primas e incentivos a la productividad, hasta fórmulas más sofisticadas y complejas, fruto del desarrollo de este planteamiento, como son las vinculadas a evaluación del desempeño, la dirección por objetivos o la gestión por competencias. Unas fórmulas retributivas, todas éstas, a través de las cuales se trata de valorar de modo específico la aportación de cada individuo a la organización con el evidente propósito de incentivarla mediante la mejora de la contraprestación salarial.

Naturalmente, en la base de este planteamiento se encuentra la comprobación de la importancia decisiva que tiene la variable remuneratoria como elemento de movilización y motivación del personal y su deliberada instrumentalización al servicio de los objetivos empresariales. La emergencia de este tipo de estrategias trae consigo, por ello, una transformación de la función tradicional del salario, que pierde su condición exclusiva de contraprestación por el trabajo realizado, para convertirse también en un instrumento de gestión del personal, en una herramienta más de la política de recursos humanos, a través de la cual se trata de influir en las conductas de los trabajadores, dirigiéndolas de modo consciente en el sentido más favorable a la satisfacción de las prioridades del proyecto empresarial.

Es evidente que la expansión de estas fórmulas retributivas determina una progresiva erosión de la uniformidad que ha venido caracterizando hasta etapas no tan lejanas a la gestión de los salarios. Frente al igualitarismo propio del modelo fordista de producción, las nuevas técnicas de gestión flexible de los salarios implican, por su propia naturaleza, una diversificación cada vez mayor de los mismos, no sólo en función de los distintos colectivos dentro de los que se encuentre encuadrado cada trabajador, cuya importancia para el proyecto empresarial puede ser mayor o menor, sino de su actitud y rendimiento individuales. Asimismo, la gestión de estos sistemas, sobre todo si va asociada a criterios de valoración de carácter cualitativo y no sólo cuantitativo, conlleva un importante aumento de los márgenes de discrecionalidad del empleador en la determinación de la cuantía de los salarios. De allí que el avance de este tipo de mecanismos suela venir asociado a prácticas de individualización retributiva e incremento del poder empresarial. Unas prácticas que pueden producirse por igual, por lo demás, tanto cuando estos sistemas son objeto de regulación colectiva, si lo único que hace el convenio colectivo es legitimar su aplicación sin

imponerle ningún tipo de límite o control, como cuando la misma es fruto de la pura y simple discrecionalidad empresarial.

Ahora bien, si se ponen en contacto las dos vías de adaptación del tratamiento de los salarios a la nueva situación económica y productiva que han sido reseñadas, se podrá advertir que conllevan riesgos muy semejantes para aquel instrumento que durante toda la etapa precedente ha venido ocupándose de la regulación uniforme de los salarios. Es decir, para la negociación colectiva.

El primero de tales riesgos es, naturalmente, el de su progresivo desplazamiento por la autonomía individual, cuando no por el poder unilateral del empresario. Ésta es una posibilidad que está en condiciones de materializarse, en el caso de la vía puramente cuantitativa de adaptación, cuando el ajuste a la baja de los salarios de los trabajadores con menor poder contractual tiene lugar a través de su exclusión sin más del ámbito de aplicación del convenio colectivo aplicable al resto del personal y no de la fijación de retribuciones inferiores. Las retribuciones de dicho personal quedan, como consecuencia de ello, libradas a lo que pueda pactarse a nivel individual. Lo que es lo mismo que decir a la voluntad del empleador, dada la muy escasa capacidad de negociación de estos trabajadores. El mismo resultado puede producirse, no obstante, tratándose de la segunda de las vías de adaptación mencionadas, cuando la introducción de las nuevas formas de retribución variable se produzca al margen de la autonomía colectiva, como resultado de la iniciativa unilateral del empresario. Entonces, igualmente, la gestión del salario de un importante núcleo de trabajadores termina por escapar al control de la negociación colectiva, pasando a residenciarse en exclusiva en la discrecionalidad empresarial.

Lo anterior no supone que la presencia de la norma colectiva regulando tales materias deba ser considerada, por sí misma y en todo caso, una respuesta adecuada. Ello dependerá, naturalmente, de su contenido. Y en particular de los límites, garantías y controles que se impongan a la gestión por el empresario de los mencionados instrumentos de política salarial.

Es aquí, precisamente, donde emerge con toda claridad el segundo de los riesgos para la negociación colectiva asociados al avance de este tipo de estrategias de adaptación salarial: el de su instrumentalización al servicio de las políticas de diferenciación retributiva y reforzamiento de los poderes empresariales de gestión unilateral del salario. Ello tendrá lugar, por lo que a la primera de las vías de ajuste se refiere, cuando el tratamiento de desfavor en perjuicio de ciertos colectivos de trabajadores con escasa capacidad de negociación aparezca reconocido en el propio convenio colectivo. La disparidad retributiva encuentra entonces su fuente en la propia norma colectiva, que pasa a asumir el papel de instrumento de legitimación de la diferencia antes que de promoción de la igualdad. Una situación semejante puede producirse, esta vez en el ámbito de la introducción de nuevas formas de retribución variable, cuando la regula-

ción convencional se limite a reconocer la posibilidad de su existencia, dejando a la libre decisión del empresario la determinación de los aspectos clave de su aplicación, como pueden la fijación de los requisitos para su devengo, la determinación de los trabajadores con derecho a los complementos o incluso su cuantía. No cabe duda que, aquí también, el convenio colectivo actúa más como “correa de transmisión” de las aspiraciones empresariales y mecanismo de flexibilización salarial que como un instrumento de racionalización de las políticas retributivas y de gestión equilibrada de su aplicación.

De lo dicho hasta aquí se desprende que el principal desafío que las transformaciones recientes en las formas de gestión de los salarios imponen a la negociación colectiva no es otro que el de lograr una regulación convencional de las mismas que sea capaz, por su adaptación a las necesidades e imperativos impuestos por las transformaciones económicas y productivas en marcha, de “retener” el tratamiento de estas materias en el plano colectivo. Pero que, a la vez, no sucumba a la tentación de operar como un puro instrumento de gestión flexible de las retribuciones, que legitime las diferencias de trato y el incremento de la discrecionalidad empresarial, sin introducir las debidas cautelas, garantías y controles de carácter colectivo que aseguren la transparencia, objetividad e imparcialidad en su aplicación. Es evidente que solamente si consigue este equilibrio, difícil pero no imposible, entre flexibilidad y seguridad, la negociación colectiva estará en condiciones de seguir cumpliendo en el futuro su irrenunciable misión de actuar como mecanismo de participación, integración y equilibrio en las relaciones laborales. La clave está, en consecuencia, en lograr una síntesis adecuada entre las funciones adaptativa y equilibradora de la negociación colectiva, que no perjudique su capacidad de respuesta a los cambios, pero que tampoco se rinda sin más a ellos, renunciando a desempeñar un papel racionalizador sobre los mismos.

Las páginas que siguen están dedicadas a examinar en qué medida la negociación colectiva española está siendo capaz de responder a estos desafíos, conservando para sí la regulación de las nuevas formas de ordenación del salario, pero ofreciendo a la vez una regulación equilibrada y colectivamente gestionada de las mismas. La base para ello está constituida por los informes bianuales elaborados por el grupo dedicado al estudio de los salarios al interior del *Observatorio de la Negociación Colectiva*, núcleo de investigación de carácter multidisciplinar compuesto por profesores de diversas universidades españolas, entre ellos el autor del presente estudio, que ha venido llevando a cabo contando con el patrocinio de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras un atento seguimiento de la evolución de la negociación colectiva en este país desde principios de la presente década. El propósito del presente trabajo es, desde esta perspectiva, no sólo presentar los resultados más relevantes de dichas investigaciones, sino

pasarlos por el tamiz de los interrogantes antes planteados, con el fin de efectuar una valoración cualitativa de los mismos a la luz de las consideraciones vertidas en el presente apartado¹,

Como se podrá comprobar, el panorama resultante es uno lleno de claroscuros e interrogantes, dentro del cual la negociación colectiva no alcanza aún en España a asumir y gobernar estos procesos, quedándose en buena parte de los casos fuera de ellos y asumiendo en otros esencialmente un papel de instrumento de legitimación de las políticas empresariales de reducción de costes y fomento de la flexibilidad salarial sin los debidos contrapesos y garantías de carácter colectivo. Esta deriva, que se reproduce en otras áreas, como la regulación de las modalidades de contratación laboral o la gestión del tiempo de trabajo, es de tal magnitud que este grupo de investigación ha llegado a preguntarse en la introducción del segundo de sus informes si no se está produciendo en España la sustitución de la manera tradicional de entender la negociación colectiva, dentro de la cual ha venido primando su valor como instrumento equilibrador, por otra en la que el centro de gravedad se centra en la legitimación de la flexibilización de las condiciones de trabajo y el incremento de los poderes empresariales².

¹ La relación de informes del grupo del *Observatorio de la Negociación Colectiva* dedicado al análisis de los salarios que han sido consultados para la elaboración del presente trabajo es la siguiente: J. Mercader Uguina (Coordinador), “Salarios”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *Observatorio de la negociación colectiva*, Madrid, CC.OO., 2002, págs. 115–155; J. Mercader Uguina (Coordinador), “Nuevos contenidos del salario”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, Tirant lo blanch–CC.OO., 2004, págs. 339–470; J. Mercader Uguina (Coordinador), “Salarios”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo blanch–CC.OO., 2006, págs. 349–509; y J. Mercader Uguina (Coordinador), “Salarios”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Ediciones Cinca–CC.OO., 2008, págs. 23–174. La totalidad de la información que se reflejará en las páginas siguientes, así como buena parte de las valoraciones expresadas en el presente apartado, tienen su fuente en estos estudios, sin los cuales no sería posible llevar a cabo un análisis como el que se realizará a continuación. A pesar de ello, se ha optado por no incluir referencias constantes a pie de página a tales fuentes con el fin de hacer menos engorrosa su lectura. Cuando la trascendencia de la información así lo justifique, sin embargo, se hará alusiones de carácter particular a dichos informes u otras fuentes.

² Vid. R. Escudero Rodríguez, “Reflexiones preliminares sobre la necesidad de analizar cualitativamente la negociación colectiva”, en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, cit., págs. 30–32.

3. LUCES Y SOMBRAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE SALARIOS

Es imposible resumir toda la riqueza y complejidad de la negociación colectiva española en materia de salarios de la presente década en un estudio necesariamente breve como el presente. Por esta razón solamente se aludirá a continuación a algunas líneas de tendencia que resultan particularmente inquietantes desde la perspectiva de los imperativos negociales antes indicados. Su presentación permitirá al lector apreciar la existencia de un triple fenómeno de “huida”, que afecta tanto a la uniformidad retributiva tradicionalmente garantizada por los convenios colectivos como al tratamiento colectivo de algunas de las nuevas formas de salario variable e incluso al carácter salarial de ciertas prestaciones económicas. Un panorama que, como es fácil de deducir, arroja no pocas dudas sobre la capacidad de la negociación colectiva española para encauzar los procesos de transformación en curso, permitiendo que éstos puedan desplegar sus efectos positivos pero a la vez conjurando sus riesgos.

3.1. La diferenciación retributiva como instrumento de reducción de costes laborales: la proliferación de las “dobles escalas” salariales

La tendencia a recurrir a la segmentación de los trabajadores en colectivos dotados de niveles distintos de protección como mecanismo de reducción de costes laborales data en España de antiguo. Su punto de partida se encuentra en la decisión del legislador de facilitar la celebración indiscriminada de contratos de trabajo de duración determinada con el propósito de fomentar la elevación de los índices de empleo, que adquiriría carta de naturaleza en 1984 y extendería sus efectos a lo largo de los siguientes diez años. Una estrategia cuyo origen se encuentra en la dura crisis que afectaría la economía española a lo largo de esos años, pero que deja bien a las claras cuál era el camino elegido para hacer frente a sus negativos efectos sobre el empleo: la creación de una nueva categoría de trabajadores desiguales, cuya situación de precariedad los apartaba de hecho del disfrute de buena parte de los derechos que el ordenamiento reconocía formalmente a todos.

Pues bien, el mensaje subliminalmente transmitido por el legislador a través del despliegue de esta política sería rápidamente recogido por la negociación colectiva, dentro de la cual emergería en esos mismos años de crisis la tendencia a excluir a los trabajadores con contratos de duración determinada –y poco tiempo después también a otros colectivos afines– del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Terminaba con ello de cerrarse el círculo que llevaba de la precariedad laboral a la reducción de condiciones de trabajo, mediante la confirmación, en este caso por decisión de los propios agentes

sociales, de la subdivisión postulada por el legislador entre un colectivo de trabajadores “de primera”, con contratos de trabajo por tiempo indefinido y derecho al conjunto de beneficios creados a través de la negociación colectiva, y otro de trabajadores “de segunda”, con vinculación puramente temporal y sin acceso a tales beneficios. Esta tendencia sería, sin embargo, rápidamente atajada por el Tribunal Constitucional, que a través de su Sentencia 136/1987, de 22 de julio, declaró discriminatoria la expulsión del ámbito de los convenios de aquellos “grupos de trabajadores que, por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo, carecen de poder negociador por sí solos y, al mismo tiempo, se ven apartados contra su voluntad” del mismo.

Por sorprendente que parezca, el resultado de esta importantísima decisión no fue la erradicación de este tipo de actuaciones, sino más bien su desplazamiento nada menos que “al interior” de los propios convenios, mediante incorporación en ellos de cláusulas que establecían tratamientos desfavorables, por lo general de carácter retributivo, en perjuicio de ciertos colectivos de trabajadores caracterizados por su condición laboral disminuida. Surgirá así una práctica que irá tomando cuerpo progresivamente a lo largo de los años noventa hasta convertirse en habitual en la actualidad: la previsión convencional de las denominadas “dobles escalas salariales”, a través de las cuales se imponen condiciones retributivas diversas para los trabajadores incluidos dentro de su ámbito en función de criterios no relacionados con la labor a realizar, como pueden ser el carácter temporal del vínculo que mantienen con el empleador, su fecha de ingreso, su menor antigüedad, etc.

La presencia de este tipo de cláusulas es hoy frecuente, no sólo en los convenios de sectores en los que predomina la gran empresa, como por ejemplo el del automóvil, sino también en aquellos en los que abundan las empresas medianas y pequeñas, como el comercio, las artes gráficas o la hostelería. Es más, al menos en el caso de estos últimos, suele registrarse una clara correlación entre la incorporación a los convenios de “dobles escalas salariales” y la existencia de elevados niveles de temporalidad en el empleo. Una constatación que no hace más que confirmar que la función de las cláusulas en cuestión es la de contribuir a reducir costes laborales sobre la base de acentuar la precariedad de ciertos colectivos de trabajadores, añadiéndole una paralela degradación salarial.

Por lo demás, así configuradas, las “dobles escalas salariales” presentan dentro de la negociación colectiva española más reciente una variada tipología. En principio, los criterios de distinción pueden ser diversos: la antigüedad (exigencia de un mínimo de permanencia en la empresa para el acceso a ciertos beneficios), la fecha de ingreso (asignación de menores ventajas al personal ingresado después de la entrada en vigor del convenio), el tipo de contrato celebrado (exclusión de los trabajadores temporales de ciertos derechos) e incluso

la edad (previsión de requisitos de acceso que perjudican a los trabajadores de menor edad). Lo que los unifica, sin embargo, es siempre la misma circunstancia: afectar a grupos con menor capacidad de negociación. Plurales son también, como no podía ser de otro modo, las consecuencias que los convenios atribuyen a cada una de tales situaciones: partiendo de la más radical de todas, consistente en el abono de salarios inferiores para los trabajadores pertenecientes al colectivo perjudicado, pasando por la privación del acceso a ciertos complementos salariales, la sustitución de sus bases de cálculo por otras menores o la reducción de su cuantía, hasta llegar a la denegación del acceso a las retribuciones en especie u otros beneficios de carácter accesorio proporcionados por la empresa.

Es más, este tipo de “dobles escalas”, a las que la doctrina denomina “directas”, conviven con otras, tan o más relevantes, que reciben el calificativo de “indirectas”. Lo que caracteriza a estas últimas es que, en lugar de basarse en la aplicación de un criterio de diferenciación “horizontal”, susceptible de afectar a todo el personal, se articulan a partir de la creación de categorías “iniciales” de baja remuneración, que exigen períodos de permanencia prolongados para el ascenso a la superior, pese a existir entre ambas identidad de funciones. Puede tratarse de categorías para trabajadores “de nuevo ingreso”, para personal procedente de empresas de trabajo temporal, empresas colaboradoras o contratistas o incluso exclusivamente para menores o trabajadores jóvenes.

A diferencia de lo ocurrido con la estrategia de exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de los convenios, ni el legislador ni la jurisprudencia han sido capaces de frenar el avance de estas fórmulas de diferenciación retributiva no justificadas por la naturaleza de la labor realizada. En principio, en la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987, de 22 de julio, se incluyó un pasaje cuya aplicación estricta podría haber contribuido a ello. En efecto, en esta sentencia se afirmaba que “la clase de trabajo prestado es, en efecto, el criterio que con toda probabilidad ofrece mayores dosis de objetividad a la hora de contrastar la situación salarial de unos trabajadores y otros” con el fin de determinar si se ha vulnerado o no el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Frente a este planteamiento, que vincula la potencial justificación del trato de desfavor a factores “internos” directamente relacionados con el tipo de actividad llevada a cabo, la jurisprudencia ordinaria optaría, sin embargo, por relacionar esa justificación a circunstancias “externas” a la propia labor. Y en concreto a la existencia de “contrapartidas” en materia de empleo que “compensen” las diferencias salariales introducidas. Estas diferencias estarán justificadas, en consecuencia, si vienen acompañadas de compromisos empresariales de incremento neto del empleo fijo, realización de nuevas contrataciones o mantenimiento de la estabilidad del personal. Y no en caso contrario.

Este llamativo criterio “sinalagmático”, ya de por sí laxo y de compleja e insegura aplicación, se vería sin embargo puesto en entredicho con posterioridad por el Tribunal Constitucional al menos a través de dos resoluciones, por lo demás de signo opuesto entre sí. La primera es la sentencia 119/2002, de 20 de mayo, por intermedio de la cual se declaró el carácter no discriminatorio de la creación por parte del convenio colectivo de una conocida firma automotriz de una categoría de acceso sujeta a retribuciones inferiores durante un período de dos años (“especialistas de ingreso”), sin conceder ninguna relevancia a las importantes “contrapartidas” en materia de nuevas contrataciones e inversiones ofrecidas por la empresa. Para el supremo intérprete de la Constitución española, la citada diferenciación retributiva no resulta discriminatoria simple y llanamente porque el sistema de clasificación profesional vigente en la empresa “se caracteriza, en general, en todas sus categorías profesionales, por el establecimiento de diferentes niveles retributivos en el interior de cada categoría, pese a la posible identidad de funciones, a los que se accede progresivamente por el mero transcurso del tiempo”. Lo único que ha hecho el convenio en este caso ha sido, en consecuencia, aplicar “un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios”, que es el que inspira “la promoción profesional y económica del conjunto de los trabajadores de la empresa”. De resultado opuesto es la sentencia 27/2004, de 4 de marzo, que optó por declarar contrario al principio de igualdad el establecimiento en un convenio colectivo “de un diferente patrón retributivo para gratificar el tiempo de servicios a la empresa en función de la fecha de ingreso”. No obstante, tampoco aquí lo relevante es si se han previsto o no “compensaciones” por el trato diferenciado, cuestión a la que el Tribunal ni siquiera se refiere, sino única y exclusivamente que “la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad”, puesto que “su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo, haciendo de peor condición artificialmente a quienes ya lo son por las dificultades existentes en la incorporación en el mercado de trabajo y por la menor capacidad de negociación con la que cuentan en el momento de la negociación”. La doctrina sostenida por los tribunales ordinarios queda de este modo deslegitimada, pero sin que emerjan criterios alternativos mínimamente fiables con los que juzgar la validez de este tipo de estipulaciones.

Así las cosas, no cabe sino coincidir con quienes opinan que en la actualidad no es posible saber en España con un mínimo de certeza cuándo una “doble escala salarial” es legítima y cuándo discriminatoria. Esta indefinición constituye, como es evidente, el caldo de cultivo para la proliferación de este tipo de estipulaciones, a través de las cuales no se hace otra cosa que instrumentalizar los convenios colectivos al servicio de una política de segmentación de las situaciones laborales y reducción de costes salariales que pone clara-

mente en entredicho el rol homogeneizador y equilibrador que han venido cumpliendo hasta el momento.

3.2. La difícil colectivización de las nuevas formas de retribución por rendimiento

Una de las contradicciones más llamativas del sistema de fijación de los salarios actualmente vigente en España está constituida por la falta de correspondencia entre el elevado número de empresas que declaran recurrir a sistemas de retribución variable y el limitado reflejo de éstos dentro de la negociación colectiva. Así, mientras el número de empresas españolas que afirman haber optado por introducir complementos salariales ligados a los resultados del trabajo o de su actividad económica supera el 70%, las cláusulas convencionales que incluyen incentivos ligados a la productividad no solamente tienen una incidencia bastante más reducida, sino que registran una tendencia decreciente, al haber pasado a incidir sobre el 22,6% de los trabajadores en 2005, cuando en 1998 lo hacían sobre el 25,9%³.

Esta paradójica situación puede encontrar parte de su explicación en dos procesos complementarios. El primero de ellos está representado por el retroceso que vienen experimentando en España los tradicionales sistemas de salario a destajo, que mantienen en la actualidad una vigencia puramente residual, circunscrita casi exclusivamente a los sectores agropecuario y de la construcción. El carácter puramente cuantitativo de la valoración del esfuerzo del trabajador que lleva a cabo esta fórmula retributiva, unido a su normal desvinculación de cualquier control sobre la calidad de lo producido, estarían conduciendo, en este sentido, a su sustitución en los demás sectores donde venía siendo utilizada por modalidades más elaboradas de retribución por rendimiento, basadas en la valoración de la cantidad y calidad del trabajo realizado y su remuneración conforme a módulos de productividad previamente establecidos. Esta transformación, sin embargo, no se estaría manifestando con toda la claridad que sería deseable a través de la negociación colectiva ordinaria, de la que se nutren las estadísticas oficiales, debido a que en numerosas ocasiones, dado su apego a la realidad y características concretas de las unidades productivas, estos sistemas de primas e incentivos se regulan a través de pactos o acuerdos informales de empresa, cuyo conocimiento no supera por lo general el radio de sus propios destinatarios. De este modo, mientras las fórmulas arcaicas de retribución por rendimiento, como el destajo, vienen experimen-

³ Cfr. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 2008, págs. 165 y 168.

tando un retroceso importante, las nuevas que aparecen en su sustitución encontrarían su fuente de regulación en instrumentos distintos de los convenios colectivos, bien que igualmente participados colectivamente.

La anterior pudiera ser una explicación plausible del fenómeno si no fuera porque da por sentado que las primas e incentivos constituyen la única forma de retribución susceptible de ser utilizada con el fin de promover un mayor rendimiento del personal. Como se ha dejado apuntado al inicio, el desarrollo experimentado en las dos últimas décadas por las modernas técnicas de gestión de personal ha dado lugar a una amplia gama de sistemas retributivos alternativos a los tradicionales, como los vinculados a la dirección por objetivos, la evaluación del desempeño, la gestión por competencias o la participación en las mejoras de productividad o los beneficios empresariales, todos los cuales tratan de premiar la contribución del individuo a la organización desde un punto de vista cualitativo y no puramente cuantitativo mediante el abono de una compensación individualizada (*bonus*) en función de su aportación a la consecución de las metas previamente fijadas, la realización de sus funciones a plena satisfacción de la dirección de la empresa, el desarrollo de sus habilidades, la elevación de la productividad colectiva o el logro de beneficios. Mientras los tradicionales sistemas de primas e incentivos responden a la lógica del modelo clásico de empresa taylorista, ya que vinculan la retribución al alcance de un determinado ritmo de trabajo, estas nuevas fórmulas de retribución variable han sido específicamente diseñadas en función de las necesidades del modelo de empresa postindustrial emergente, que reclama para sí el compromiso activo del personal y su vinculación con los objetivos empresariales. Su lógica es, en virtud de ello, muy distinta, ya que no apunta tanto a reforzar la condición de asalariados de los trabajadores como a inducir en ellos conductas y valores propios de un emprendedor.

Pues bien, pese a la amplia difusión que están alcanzando este tipo de sistemas como herramienta moderna de gestión de personal y su adaptación a las necesidades del modelo productivo emergente, su presencia dentro de la negociación colectiva española resulta muy limitada, al ser francamente minoritarios los convenios colectivos que se refieren a ellos o regulan su utilización. ¿Cómo explicar este silencio en un contexto de expansión generalizada del salario variable? Naturalmente, no parece razonable pensar que ello se debe a que las empresas españolas estén prefiriendo de forma generalizada los sistemas de primas e incentivos, pensados como se acaba de ver para un contexto muy distinto, a estos modernos instrumentos de gestión de las retribuciones. La omisión parece atribuible, por ello, más que al retraso en la adaptación del modelo salarial al modelo productivo, al hecho de que la misma se estaría produciendo al margen del sistema de negociación colectiva. Es decir, este tipo de fórmulas retributivas estarían siendo introducidas, sin pasar por los

convenios colectivos, directamente por las empresas. A ello estaría contribuyendo, antes que nada, su propia naturaleza, que fomenta la individualización de los tratamientos retributivos y promueve la discrecionalidad empresarial en su aplicación, como se dejó dicho. Pero seguramente también la desconfianza que generan en los representantes de los trabajadores, dado el peligro de disgregación del colectivo que entrañan. De allí la manifiesta discordancia entre el número de convenios colectivos que incluyen incentivos vinculados a la productividad y las empresas que declaran servirse de ellos.

Lo anterior implica que estaríamos asistiendo en España a una expansión de los complementos salariales vinculados con la productividad y el rendimiento, que no discurre por la vía del sistema de negociación colectiva sino a través de la iniciativa empresarial, no sujeta en principio a ninguna clase de control colectivo. La negociación colectiva no estaría siendo, en consecuencia, capaz de reclamar para sí la regulación de este tipo de materias, con lo que su incidencia real sobre el salario efectivamente abonado a los trabajadores sería cada vez menor. Los efectos que ello tiene en materia de individualización de los tratamientos retributivos y extensión del poder y las prerrogativas empresariales son evidentes. El salario de un número creciente de trabajadores, representado además no sólo por los directivos de las empresas sino por personal incluido en principio dentro del ámbito de aplicación de los convenios, estaría escapando del área de influencia de éstos, para residenciarse en el terreno del poder de organización del empleador. Un buen ejemplo de esto último estaría representado por el impacto de los denominados “bonos de desempeño”, que aunque aparecen mencionados en muy contadas ocasiones en los convenios colectivos, son utilizados al parecer por nada menos que el 65% de las empresas españolas, oscilando el porcentaje que representan de los salarios entre el 25% tratándose de los directivos, el 14% en el caso de los mandos intermedios y el 8% para el resto de empleados.

Ahora bien, tan interesante como constatar lo anterior es evaluar la manera como los convenios que sí hacen alusión a estas novedosas formas de retribución llevan a cabo su regulación, con el fin de determinar si al menos en estos casos la negociación colectiva está introduciendo controles y garantías a su utilización, sin cumplir por tanto, un rol meramente legitimador de su aplicación, nuevamente discrecional, por los empresarios.

Desafortunadamente, tampoco aquí el balance es positivo. Antes bien, se registra una enorme dificultad de la negociación colectiva, tanto para hacer transparentes y objetivos los nuevos sistemas de retribución variable, como para controlar su aplicación mediante el reconocimiento de derechos de información, consulta y participación a los representantes de los trabajadores. Así, por ejemplo, por lo que respecta a los sistemas de retribución por objetivos, aunque hay convenios que se ocupan de detallar los requisitos para su percepción y el

importe de las bonificaciones o complementos a ellos asociados, la mayoría suele confiar su determinación en el poder de organización empresarial, que es también el que se encarga por lo general de establecer cuáles son los colectivos con derecho a beneficiarse de ellos. En estos casos, pues, termina finalmente por ser también el empresario quien decide discrecionalmente a qué trabajadores se aplican los correspondientes complementos, de acuerdo a qué criterios y con qué cuantías, sin que se reconozca a los representantes de los trabajadores derecho alguno de información o consulta sobre el particular. Algo parecido ocurre con las fórmulas retributivas vinculadas a la evaluación del desempeño y a la compensación por competencias. También aquí, aunque existen convenios que reconocen estas formas de retribución dándoles la forma de una prima personal o complemento de producción, los factores a utilizar en las respectivas evaluaciones suelen ser dejados en manos empresariales. De este modo, pese a que la objetividad de la evaluación constituye un principio básico para el adecuado funcionamiento de estos sistemas, son muy pocos los convenios que fijan las pautas que deberán ser aplicadas en estos casos, reconocen a la representación del personal derechos de información o prevén la formación de comisiones mixtas que lleven a cabo las evaluaciones o se ocupen de su control. El resultado de todo ello es, como han puesto de manifiesto en más de una ocasión quienes se han ocupado con anterioridad del estudio de este fenómeno, una notoria ausencia de garantías y de cautelas de naturaleza colectiva en la aplicación de estos sistemas, con la consiguiente ampliación del poder de decisión empresarial en una materia de tanta trascendencia y de tan fuertes efectos disgregadores sobre la colectividad de trabajadores como es el salario.

La situación no es del todo diferente por lo que a los complementos retributivos variables vinculados a la marcha y resultados de la empresa se refiere. Si bien éstos han experimentado en los últimos años un significativo avance dentro de las principales empresas españolas dados sus evidentes efectos motivadores sobre el personal, su reflejo en la negociación colectiva es más bien escaso. Es cierto que numerosos convenios aluden de forma reiterativa al abono de lo que denominan “pagas por beneficios”. En la mayor parte de los casos se trata, sin embargo, de una paga extraordinaria más, que se abona anualmente con independencia de si la empresa los ha obtenido o no en el ejercicio correspondiente. Más escasos son los convenios que prevén sistemas de participación en los beneficios en sentido estricto. Con todo, cuando así sucede, los correspondientes convenios, que suelen ser de ámbito empresarial, prevén normalmente criterios objetivos de cuantificación, tanto del montante de beneficios empresariales a tener en cuenta, como de los complementos a aplicar al personal.

Finalmente, aunque en los últimos años vienen extendiéndose los planes de participación de los trabajadores en la propiedad de las empresas, su imple-

mentación encuentra de ordinario su origen en una decisión unilateral de las mismas o en acuerdos de carácter individual. Esto se debe a que por lo general dichos instrumentos son utilizados, más que como una herramienta para la motivación del conjunto del personal, como un incentivo para atraer o retener a determinados trabajadores. Las fórmulas pueden ser aquí diversas, se trate de planes de entrega directa de acciones o de obligaciones convertibles en ellas, planes de compra de acciones temporalmente restringidos, planes de opciones sobre acciones (*stock options*) o incluso planes de acciones ficticios, que atribuyen a los trabajadores una cantidad en metálico referenciada al incremento del valor de las acciones durante su período de vigencia. Su aplicación, empero, se refleja muy raramente en los convenios colectivos. Y cuando lo hace reviste con más frecuencia las características de una opción de consumo a la que puede acogerse el personal antes que propiamente de un derecho.

Lo dicho hasta aquí arroja importantes dudas sobre la capacidad actual del sistema español de negociación colectiva para gobernar los procesos de transformación retributiva en curso, incluso cuando, superando la tendencia a la “huida” de su espacio de actuación que los caracteriza, ésta ha conseguido “retenerlos” dentro de su esfera de influencia. Los convenios colectivos terminan así, en más casos de los que sería deseable, por operar más como instrumentos de legitimación de la ampliación de los poderes unilaterales del empresario, que de racionalización de los mismos. Nada hay, sin embargo, en los sistemas de retribución variable a los que se ha hecho referencia que los haga incompatibles con la negociación colectiva o la participación de los representantes de los trabajadores en su aplicación y control. Antes bien, éstos son elementos que, articulados de manera adecuada, son capaces de contribuir a un funcionamiento más equilibrado y objetivo de los mismos. Una opción que no haría sino redundar en una más eficaz consecución de los objetivos movilizados de la dedicación y el compromiso que conducen a su establecimiento.

3.3. La instrumentalización del salario en especie y las percepciones extrasalariales

Una última línea de tendencia de la negociación colectiva española a la que conviene hacer alusión se relaciona con la instrumentalización de ciertas formas atípicas de salario al servicio de las estrategias antes reseñadas.

El interés por la reducción de los costes laborales se manifiesta aquí a través de prácticas convencionales dirigidas a atribuir carácter extrasalarial a ciertas prestaciones económicas a las que en principio no correspondería esa calificación. Una decisión detrás de la cual no es difícil de apreciar la intención de eludir las obligaciones tributarias y de Seguridad Social asociadas a su consideración como salario, así como a evitar que puedan ser computadas para

el cálculo de las remuneraciones aplicables a los descansos retribuidos y las indemnizaciones por extinción de los contratos de trabajo. En este sentido, la negociación colectiva más reciente califica como percepciones extrasalariales a beneficios que en principio encajarían dentro del concepto de salario en especie, se trate de cheques o vales de comida, de alojamiento, del acceso a un seguro privado, del suministro de energía eléctrica, de la enseñanza gratuita para los hijos en colegios privados o de clases particulares para la obtención del permiso de conducir, entre otros muchos. Ésta es una tendencia de tal magnitud que empieza a hablarse de la desaparición del salario en especie reconocido como tal por la negociación colectiva y su reaparición como salario en especie no declarado en el apartado de las percepciones extrasalariales o beneficios sociales de los convenios colectivos.

Esta tendencia corre paralela, por lo demás, a la del crecimiento de los denominados beneficios accesorios (*fringe benefits*). Es decir, ciertas prestaciones o utilidades de carácter indirecto que se atribuyen a los trabajadores al margen de la retribución estricta del trabajo con la finalidad de incrementar su grado de satisfacción personal, al dar respuesta a algunas de sus necesidades individuales o familiares. La proliferación de este tipo de beneficios se incardina, como es fácil de deducir, dentro de la segunda de las estrategias a las que se ha hecho alusión, a través de la cual se contempla las prestaciones económicas que se abonan al personal como mecanismos de movilización de su compromiso con la empresa. La línea de incremento de estas prestaciones reviste tal importancia que se calcula que representan en la actualidad en España nada menos que el 40% de los costos laborales totales⁴. Su importancia como elemento de motivación del personal ha determinado, por lo demás, que su ámbito subjetivo tienda a generalizarse, pasando a contemplarse las situaciones especiales de algunos colectivos a través de sus contratos individuales de trabajo. Igualmente, su variedad se ha incrementado notablemente. Sirvan como muestras de ello los siguientes supuestos, todos previstos en convenio colectivo, que se añaden a los citados en el párrafo anterior: abono del 50% del costo de aparcamiento del vehículo particular del trabajador, uso libre de polideportivo o gimnasio, kilometraje de fin de semana, seguro de vehículo particular a todo riesgo, cuota de instalación de teléfono privado, préstamos subvencionados, ventajas en viajes, vacaciones y actividades deportivas, recreativas y culturales, bolsa de vacaciones, etc.

⁴ Sobre este dato, vid. A. B. Muñoz Ruiz, "Las percepciones extrasalariales en la negociación colectiva", en R. Escudero Rodríguez (Coordinador General), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo blanch-CC.OO., 2006, pág. 471.

Es más, con el fin de reforzar su efectividad, el alza de la importancia de los beneficios accesorios se está viendo acompañada de un paralelo proceso de individualización de su disfrute. Surgen así los denominados “planes de compensación flexible”, caracterizados por la puesta a disposición del conjunto de los trabajadores, o al menos de algunas categorías de ellos, de un paquete de prestaciones entre las cuales éstos pueden elegir en función de sus necesidades y preferencias.

Debe indicarse, ya para concluir, que aunque la recién citada es una tendencia de alcance general, se presenta con distinta intensidad dependiendo de los sectores de actividad. El liderazgo corresponde aquí a las empresas de telecomunicaciones y de alta tecnología, así como a la banca, donde aparecen recogidas por lo general en los convenios de empresa antes que en los de ámbito superior.

APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CALIDAD EN EL EMPLEO Y SU MEDICIÓN

RAFAEL AGUADO CORREA
Profesor Titular Economía Aplicada
Universidad de Huelva

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

ASUNCIÓN RODRÍGUEZ RAMOS
Profesora Titular E.U. Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Empleo, calidad, medición

El estudio parte de las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el concepto de calidad en el empleo y, de entre los indicadores recomendados, se centra en los relativos al concepto de calidad intrínseca del empleo y en los destinados a evaluar la flexibilidad y seguridad del puesto de trabajo. Para el análisis descriptivo se han utilizado las ocho oleadas de la encuesta Panel de Hogares Europeo (PHOGUE) realizadas en el periodo comprendido entre los años 1994 y 2001 y para los países de España, Dinamarca, Italia y la media de la denominada Europa de los quince. Los resultados obtenidos permiten afirmar que la satisfacción de los empleados españoles ha mejorado durante el periodo de estudio considerado, reduciendo la distancia con la satisfacción de la Europa de los quince. Además ha permitido caracterizar el mercado español frente al mercado danés e italiano. Respecto a estos últimos el mercado español, ha evidenciado sus características peculiares, se ha mostrado muy cercano al mercado italiano y distante del mercado danés

ABSTRACT

Key Words: Employment, quality, indicators

The present study presents the European Commission recommendations about the quality of employment and among the indicators; we find the one about Employment quality and other type of indicators that evaluate the flexibility and safety in the workplace. To perform a very descriptive analysis the study is based on the last eight editions from the so called survey "Panel de Hogares Europeo" (PHOGUE)* conducted during 1994 and 2001 for Spain, Denmark, Italy and the denominated fifteen-European Union countries. The obtained results allow assuring that the Spanish employers' job satisfaction has been increased in the period, and that the satisfaction distance between Spanish and other fifteen-European countries has decreased. Also, the survey allows having a better picture of the Spanish market compared to the Danish or the Italian. Compared to these last ones the Spanish labour market has shown it peculiarity, that is, the Spanish market is similar to the Italian and very different from the Danish one.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CALIDAD EN EL EMPLEO Y SU MEDICIÓN
3. UNA APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LA SATISFACCIÓN EN EL EMPLEO
4. A MODO DE CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN*

A la hora de realizar un trabajo sobre la calidad en el empleo surge un problema básico y metodológico esencial para desarrollar la investigación. Se trata de la definición o delimitación del concepto objeto de análisis. Este problema surge siempre que se va a llevar a cabo una investigación, aunque a veces se obvia por abordarse cuestiones que ya se han tratado en foros anteriores o escritos doctrinales a los que se puede hacer referencia. Sin embargo, cuando se enfrenta a una cuestión novedosa o que no está ya aquilatada en el tiempo el problema de la definición del concepto es esencial, particularmente para el análisis empírico posterior. Este problema adquiere especial relevancia en materias como la economía, que en su afán expansionista se ha introducido en campos como la familia, el delito, el deporte, la cultura.... pertenecientes, en principio, a otras ciencias sociales. Pero es especialmente dificultoso cuando además de terrenos novedosos nos adentramos en terrenos no cuantitativos como es el caso que nos ocupa de la *Calidad del empleo*. En este caso, además de un terreno relativamente virgen para el análisis económico, se trata de una variable cualitativa. El análisis cuantitativo en economía goza de una larga y bien fundamentada trayectoria, no exenta de discusiones; sin embargo, el análisis cualitativo se adentra en las procelosas aguas de la opinión, los juicios de valor y, en definitiva, de la economía normativa.

La primera cuestión que surge está relacionada con la óptica que debemos adoptar. Se pueden hacer aproximaciones a la calidad del empleo desde el punto de vista del trabajador o de la empresa, desde el punto de vista micro o macroeconómico o, más sencillamente, desde la simple contraposición de la calidad frente a cantidad.

En lo relativo a la perspectiva jurídica, parece que cuando se habla de calidad del empleo se hace referencia a la mejora de las condiciones de trabajo del individuo; el problema se plantea en términos de la obtención de un empleo a tiempo completo e indefinido y, por ello, un empleo temporal es calificado como un empleo de baja calidad. De este modo surge, en un planteamiento

* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación titulado "Eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo", SEJ2007-65814.

bastante simplificador, una conexión directa entre calidad y estabilidad y se identifica la precariedad laboral o baja calidad del empleo con la temporalidad del mismo.

En la misma línea, pero desde un punto de vista más amplio, se podría hacer referencia a todos los aspectos ligados a las condiciones de trabajo y no sólo al relativo a la duración del contrato, incluyendo así la retribución, el tiempo de trabajo, las condiciones de seguridad y salud, la conciliación de la vida laboral y familiar, la cobertura sindical de los derechos laborales, etc. Cabría pensar, que todos estos aspectos se derivan o están íntimamente ligados a la estabilidad en el empleo y que, por tanto, la variable resumen de todo ello sería, de nuevo, la temporalidad, pero teniendo en cuenta estos otros temas.

Desde el punto de vista de la empresa, la calidad en el empleo podría tener otros condicionantes: la calidad del capital humano del trabajador, la formación, su disponibilidad para la flexibilidad ocupacional o geográfica, su adaptación a las condiciones de la demanda, etc. Desde esta óptica, la calidad del empleo se relaciona con la eficiencia productiva, la productividad y la competitividad de la empresa. En este sentido, serían los factores específicos del sector productivo los que determinarían las variables más importantes para calificar (o no) de calidad un empleo dado, ya que no es lo mismo las condiciones económicas de la hostelería, la agricultura o la industria, por ejemplo.

También se puede hablar de calidad del empleo desde el punto de vista macroeconómico. En tanto en cuanto es conveniente que el sistema económico se especialice en sectores de alto contenido tecnológico, de demanda estable o de alto valor añadido para que pueda hacer frente a los retos de la globalización y de la competencia internacional, las tasas de paro serán más reducidas y, si esto es así, el empleo que creará esta economía será *de calidad*. Bajo esta concepción, la mejora de la calidad del empleo mejora la productividad del trabajo lo que, a su vez, aumenta la competitividad de las empresas y, por tanto, del conjunto de la economía. Este incremento de la competitividad permite asegurar niveles de producción y renta más elevados, lo que, en último término, lleva a mejorar el bienestar de la población (trabajadora), cerrándose, de esta forma, el círculo virtuoso del crecimiento.

Esta perspectiva corre el peligro de conducir el análisis de la calidad al análisis del conjunto del mercado laboral. Para evitar este problema, se debe acotar el concepto de calidad del empleo al resultado de un conjunto de parámetros previamente definidos como determinantes del mismo (véase figura inferior):



FIGURA 1.– DETERMINANTES DE LA CALIDAD DEL EMPLEO. FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA.

2. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE CALIDAD EN EL EMPLEO Y SU MEDICIÓN

Como hemos señalado, la calidad en el empleo es un concepto multidimensional que engloba muchos y variados aspectos por lo que resulta difícil ofrecer una noción unánimemente aceptada de la misma. En este sentido, Seashore¹ señala que existen tres aspectos diferentes en el trabajo, a saber: los relacionados con el empleador, los referidos al empleado y los relativos a la comunidad, cada uno de los cuales tiene objetivos diferentes que, incluso, pueden resultar incompatibles.

Trabajos recientes en el ámbito académico² han tratado de ofrecer una definición consensuada de “calidad en el trabajo” con el fin, preferentemente, de

¹ Seashore, S. (1975): Defining and measuring the quality of working life, en Davis, L. y Cherns, A. (eds.), *The Quality of Working Life*, pp. 105–118, Free Press, New York.

² Kohl, M. y Schooler, C. (1982): Job conditions and personality: A longitudinal assessment of reciprocal effects, *American Journal of Sociology*, 87, pp. 1257–1286; Turcotte, P. (1988): *QVT: La Qualite de Vie au Travail: Une Voie vers l'Excellence*, Agence d'ARC, Montreal; Dupuis, G., Taillefer, M., Etienne, A., Fontaine, O., Boivin O. y Von Turk, A. (2000): Measurement of quality of life in cardiac rehabilitation, en Jobin, J., Maltais, F. y Leblanc, P. (eds.), *Advances in cardiopulmonary rehabilitation*, pp. 247–273, Human Kinetics Publishers, Champaign; Martel, J., y Dupuis, G. (2006): Quality of work life: theoretical and Methodological problems, and Presentation of a new model and Measuring instrument, *Social Indicators Research*, 77, pp. 333–368.

crear un indicador sintético de calidad, susceptible de ser cuantificado e incluido en los estudios empíricos sobre el tema. Así, Martel y Dupuis (2006) llevan al ámbito laboral el concepto genérico de “calidad de vida”, recogido en Dupuis et al. (2000), para crear una definición global de “quality of work life” (QWL) (calidad de vida en el trabajo) que considera 33 dimensiones de la misma, entre las que se incluyen aspectos como efectividad en el trabajo, ajuste entre habilidades y tipo de trabajo, condiciones ambientales (ruido, luz...), relaciones entre compañeros, posibilidades de promoción, renta laboral, horario de trabajo.

Frente a esta definición académica se sitúa la denominada definición institucional, esto es, la desarrollada por la Unión Europea en el marco de la Estrategia de Lisboa. En el ámbito de la Unión Europea las reflexiones sobre la calidad en el empleo surgen a finales de la década de los noventa del siglo XX en un contexto de progresiva reducción del desempleo. El positivo comportamiento del empleo permitió incorporar a las políticas públicas, tradicionalmente centradas en la lucha contra el paro, el debate sobre la calidad del empleo, abordándose así el problema del empleo desde una perspectiva más cualitativa que cuantitativa, toda vez que esta dimensión del problema se consideraba, si no resuelta, al menos bastante corregida.

En esta línea la asunción, y posterior incorporación a sus políticas de empleo, del concepto de calidad por la Unión Europea como un objetivo estratégico se inicia en el Consejo de Luxemburgo de 1997, sin embargo no se plasma como tal hasta el de diciembre de 1997 y se formula en términos positivos en el Consejo Europeo de Lisboa, marzo de 2000, al señalar como uno de los objetivos necesarios para convertir la Unión Europea en una economía más competitiva y dinámica la creación de puestos de trabajo de mejor calidad, en términos literales se habla de “*más y mejores empleos para Europa*”. A partir de ahí las alusiones en los distintos documentos comunitarios al tema de la calidad son numerosas.

Con el objeto de hacer operativo el concepto de “calidad en el empleo”, en el año 2001 la Comisión elaboró una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones³ donde se recogía un conjunto de indicadores que permiten discernir el concepto de calidad tal y como lo concibe la Comisión. A nivel comunitario, los elementos que componen la “calidad” del trabajo se agrupan en dos grandes dimensiones, definiéndose, a su vez, una serie de características dentro de cada una de ellas.

³ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Políticas sociales y de empleo. Un marco para invertir en la calidad” COM(2001) 313 final.

Dimensión I: Características de los puestos de trabajo

- Calidad intrínseca del empleo
- Cualificaciones, formación continua y desarrollo de la trayectoria profesional

Dimensión II: El entorno laboral y el contexto general del mercado laboral

- Igualdad entre hombre y mujeres
- Salud y seguridad en el trabajo
- Flexibilidad y seguridad
- Inclusión y acceso al mercado laboral
- Organización del trabajo y conciliación entre la vida profesional y la vida privada
- Diálogo social y participación de los trabajadores
- Diversidad y no discriminación
- Rendimiento y productividad económicos globales

En una Comunicación posterior⁴, la Comisión define para cada uno de estos aspectos un conjunto de indicadores (31 en total), diferenciando entre *indicadores claves e indicadores de contexto* que recomienda como medidas de evaluación de las dimensiones recogidas en el concepto comunitario de calidad en el empleo.

En un brevísimo análisis comparativo entre las nociones académicas y la institucional, podemos decir que mientras las primeras se centran en las percepciones subjetivas de los individuos respecto a sus sentimientos y su entorno laboral, los indicadores ofrecidos por la Unión Europea son, en su mayor parte, objetivos⁵.

3. UNA APROXIMACIÓN DESCRIPTIVA A LA “SATISFACCIÓN EN EL TRABAJO”

Podemos afirmar, que aunque la mayoría de nosotros pasamos más de un cuarto de nuestras vidas en un puesto de trabajo, el estudio de la “satisfacción en el trabajo” por parte de los economistas dedicados al mercado de trabajo está

⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “*mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes*” COM(2003) 728 final.

⁵ Para un estudio más profundo de las similitudes y diferencias entre las definiciones académicas e institucional de calidad en el empleo, véase Royuela, V., López-Tamayo, J. y Suriñach, J. (2007): The institutional vs. The academic definition of the quality of work life. What is focusing the European Commission?, Research Institute of Applied Economics, working papers nº 13.

en sus inicios. Una de las razones por las que el tema de la calidad en el empleo o la satisfacción en el trabajo está en sus primeros pasos, se debe a la falta de datos y la poca utilidad de los existentes para abordar un estudio con ciertas garantías.

En ausencia de un conjunto único de medidas, la mayoría de estudios⁶ adopta y sugiere diversas dimensiones claves de la calidad del trabajo, que, con frecuencia, hacen referencia tanto a las características específicas del puesto de trabajo (salario, jornada laboral, cualificaciones necesarias, etc) como a los aspectos de un entorno de trabajo más amplio (condiciones de trabajo, formación, perspectivas de trayectoria profesional, el seguro de asistencia sanitaria, etc).

A pesar de estas dificultades, en la literatura podemos encontrar una serie de estudios empíricos que utilizan indicadores subjetivos de satisfacción profesional (considerados como medidas que resumen la calidad general del trabajo como la percibe el trabajador) dirigidos a analizar la relación entre las características individuales y del puesto de trabajo, y de la satisfacción en el trabajo⁷. Otros estudios han incluido como variables a las instituciones y a las normas sociales. A modo de resumen, los diferentes estudios han hallado:

una relación positiva entre el estado de salud auto declarado y la satisfacción en el trabajo⁸;

una relación en forma de U entre la edad y la satisfacción en el trabajo⁹;

que la satisfacción en el trabajo se incrementa con el salario¹⁰;

⁶ Clark, A. (1997): Why are women so happy at work? *Labour Economics* 4, pp. 341–372; Clark, A. (1998): Measures of job satisfaction, What makes a good job? Evidence from OECD countries, OCDE, París; Clark, A. (1999): Are wages habit-forming? Evidence from micro data. *Journal of Economic Behavior and Organization* 39, pp. 179–200; Clark, A. (2001): What really matters in a job? Hedonic measurement using quit data. *Labour Economics* 8, pp. 223–242; Clark, A. (2003): Unemployment as a social norm: psychological evidence from panel data. *Journal of Labor Economics* 21, pp. 323–351; Clark, A. (2005): What makes a good job? Evidence from OECD countries, en Bazen, S., Lucifora, C., Salverda, W. (Eds.), *Job Quality and Employer Behaviour*, Palgrave, pp. 11–30.

⁷ Skalli, A., et al. (2008): Jobs as Lancaster goods: Facets of job satisfaction and overall job satisfaction, *The Journal of Socio-Economics*, doi:10.1016/j.socec.2008.04.003.

⁸ Fischer, J. y Sousa-Poza, A. (2006): Does Job Satisfaction Improve Health? New Evidence using Panel Data and Objective Measures of Health. University of St. Gallen FAA Discussion Paper No. DP-110. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=955734>.

⁹ Clark A. y Oswald A. (1996): Satisfaction and comparison income, *Journal of Public Economics* 61, pp. 359–381.

¹⁰ Lydon, R., Chevalier, A. (2002): Estimates of the Effects of Wages on Job Satisfaction, Discussion Paper, Centre for Economic Performance, p. 531.

el efecto del género en la satisfacción en el trabajo¹¹;
que el nivel de la satisfacción profesional disminuye mientras que las horas de trabajo aumentan¹².
que los trabajadores que trabajan en empresas pequeñas muestran niveles más altos de satisfacción profesional que los que trabajan en firmas grandes¹³. Sin embargo, la satisfacción con seguridad en el empleo aumenta con el tamaño de la empresa¹⁴.
el efecto de la educación en la satisfacción profesional es específico del país.

La tesis fundamental de la literatura repasada es que los individuos hacen un juicio global sobre su trabajo. Las investigaciones han demostrado que la satisfacción profesional se presenta en una variedad de sensaciones relacionadas con las características del trabajo, como sensaciones sobre las condiciones de trabajo, sobre el nivel de ganancias, sobre el riesgo de perder el trabajo, sobre la oportunidad para el control personal, etc...

Esta visión postula que los individuos no hacen simplemente un juicio sobre su trabajo en su totalidad, sino que su nivel de satisfacción profesional total es una combinación de diversos niveles de la satisfacción con las diversas características del trabajo. Esto implica que existe la posibilidad de que los individuos pueden valorar de manera diferente los diversos aspectos del trabajo. Por lo tanto, el mismo nivel indicado de la satisfacción profesional se puede obtener con diversas combinaciones de las facetas del trabajo que reflejan la satisfacción con las características intrínsecas y extrínsecas del mismo.

¹¹ Clark (1997) afirma que las mujeres británicas están más satisfechas que sus compañeros; Bender et al. (2006): Job satisfaction and gender segregation, *Oxford Economic Papers* 57, pp. 479–496, demuestran que esto es debido al hecho de que las mujeres pueden desempeñar trabajos que ofrecen flexibilidad. También Kaiser (2002) y Mogerou (2002) afirman que las mujeres aparecen como más satisfechas que sus compañeros en la mayoría de los países europeos continentales y en los E.E.U.U. 1997. Kaiser, L. (2002): Job satisfaction: A Comparison of Standard, Non Standard, and Self–Employment Patterns across Europe with a Special note to the Gender/Job satisfaction paradox, EPAG Working Paper 27. Mogerou, P. (2002): Job satisfaction among US PhD graduates: the effects of gender and employment sector, IREDU Working Paper.

¹² Clark, A. y Oswald, A. (1996): Satisfaction and comparison income, *Journal of Public Economics* 61, pp. 359–381.

¹³ Sloane y de Williams (2000): Job satisfaction, comparison earning and gender, *Labour* 14, pp. 473–502.

¹⁴ Lang, J. y Johnson, N. (1994): Job satisfaction and firm size: an interactionist perspective, *The Journal of Socio–Economics* 23, pp. 405–423.

Podemos afirmar que entre los distintos países las diferencias en la satisfacción, bienestar y otras medidas subjetivas tales como satisfacción profesional, han sido notablemente persistentes a través de tiempo. Existen estudios¹⁵ que rebaten la idea de que las diferencias se deban a problemas con la traducción de las preguntas y la adecuada y comparable manifestación de la “satisfacción” a través de los distintos países. Estos estudios se decantan por las experiencias históricas de las sociedades como motivo para explicar porqué las diferencias en “satisfacción” entre países son tan estables a lo largo del tiempo.

Un trabajo reciente¹⁶ sostiene que los individuos de diversas “culturas” tienen estándares que varían respecto a lo que consideran satisfacción en el trabajo, y este hecho tiene importantes implicaciones en sus respuestas a las preguntas subjetivas formuladas. Como consecuencia de lo anterior, afirman que se debe ser cauteloso a la hora de interpretar estimaciones del parámetro de las *dummies* del país en una regresión tradicional (*cross-country*) respecto de la satisfacción en el trabajo. En términos levemente más técnicos, esto significa que las *dummies* del país en una regresión (*cross-country*) “tradicional” no logran capturar los efectos que no son recogidos por las otras variables explicativas y que son específicos del país. Estos efectos pueden reflejar factores institucionales inobservables o diferencias culturales en cómo los individuos contestan a preguntas sobre la satisfacción en el trabajo.

En nuestro estudio hemos pretendido realizar una primera aproximación meramente descriptiva que intentaremos completar en otros trabajos con modelos econométricos que nos permitan comparar los distintos “niveles de satisfacción” de los trabajadores de los quince países que conforman las ocho oleadas de la Encuesta de Panel de Hogares de la Unión Europea¹⁷ (PHOGUE) (1994–2001).

Tal y como se recomienda en la *COM(2001) 313final*¹⁸ la calidad del trabajo debe ser tratado como un concepto relativo y pluridimensional. De tal forma que para su análisis se deben tener en cuenta:

¹⁵ Inglehart, R y Klingemann, H. (2000): Genes, culture, democracy and happiness, en Diener, E., Suh, E.M. (Eds.), Culture and Subjective Well-being. MIT Press, Cambridge, pp. 165–184.

¹⁶ Kristensen y Johansson (2008): New evidence on cross-country differences in job satisfaction using anchoring vignettes, Labour Economics n° 15, pp. 96–117.

¹⁷ Tal como se establece en su metodología, los objetivos principales del PHOGUE se refieren al estudio de los cambios, las transiciones y las duraciones en, y entre diferentes situaciones sociales y de condiciones de vida de la población. Para ello, se requiere disponer de más de un ciclo de encuesta que permita poner en relación la información relativa a una misma persona o a su hogar en diferentes momentos de su trayectoria vital.

¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Políticas sociales y de empleo. Un marco para invertir en la calidad” COM(2001) 313 final.

- las características objetivas relacionadas con el empleo, tanto las relativas al entorno de trabajo en general como las características específicas del puesto de trabajo;
- las características del trabajador: las características que introduce el trabajador en el empleo;
- la coincidencia entre las características del trabajador y los requisitos del trabajo.

Hemos optado por reducir el ámbito de análisis a la dimensión de la *Calidad Intrínseca en el Empleo* (en cuanto a la satisfacción profesional entre los trabajadores, habida cuenta de las características de trabajo, el tipo de contrato y las horas de trabajo, y el nivel de cualificación que requiere el empleo) y la dimensión de la *Flexibilidad y Seguridad* (en lo referente al porcentaje de trabajadores con contratos de trabajo flexible y las pérdidas de puesto de trabajo). Además, nos vamos a centrar en las comparaciones de los resultados obtenidos en las distintas oleadas para España, la Europa de los quince (EU15), Dinamarca e Italia. El objetivo inicial es posicionar la “satisfacción española” respecto a la media europea (EU15) y a los resultados obtenidos por la encuesta en Italia, país que consideramos como similar en el aspecto “cultural” y muy próximo en las estadísticas económicas, y Dinamarca, con un mercado de trabajo de los más valorados por sus trabajadores.

Para la dimensión de la *Calidad Intrínseca en el Empleo* vamos a utilizar los resultados de las preguntas del PHOGUE que recogen la satisfacción revelada por los trabajadores en lo referente a:

- Dificultad con la que la familia cubre sus necesidades
- Satisfacción respecto al salario
- Satisfacción respecto a la estabilidad en el empleo
- Satisfacción respecto al tipo de trabajo desempeñado
- Satisfacción respecto a las condiciones laborales

Como se observa en la ilustración 1, concerniente a la dificultad con la que la familia cubre sus necesidades, la situación española presenta una evolución favorable respecto a la media de la Europa de los quince. En concreto el crecimiento de la economía española en el periodo 1994–2001 se ha traducido en un desplazamiento de las frecuencias hacia valores que muestran un mayor nivel de satisfacción respecto al poder de compra de las retribuciones salariales. Este desplazamiento de la curva está en línea con las evidencias encontradas por los trabajos mencionados anteriormente.

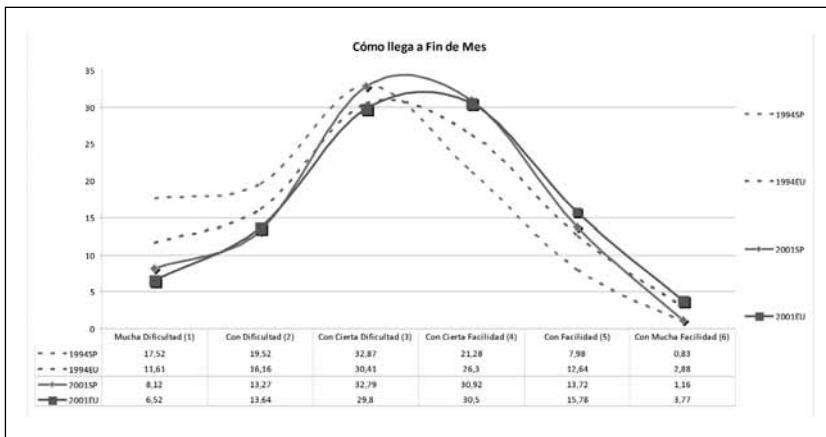


ILUSTRACIÓN 1. GRADO DE SATISFACCIÓN ¿CÓMO SUELE LLEGAR A FIN DE MES? (ESPAÑA–EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994–2001).

Esta mejora en la satisfacción de cómo se llega a fin de mes, apuntaría a que los trabajadores españoles deberían mostrar una mejora sensible en la valoración de sus salarios. Este pronóstico se hace realidad tal y como muestran los datos de la encuesta representados en la ilustración 2. Las curvas muestran como tanto en España como en la Europa de los quince los trabajadores se muestran más satisfechos respecto a los salarios recibidos en la comparación de las oleadas de 1994 y de 2001. Esta mejora se traduce en una reducción de trabajadores en los niveles de satisfacción inferiores (1 y 2) y un aumento de trabajadores en los superiores (4 y 5). Respecto al comportamiento español frente al europeo, la grafica muestra una mejora significativa de ocho puntos porcentuales pero aun así seguimos por debajo de la “*satisfacción salarial media europea*”.

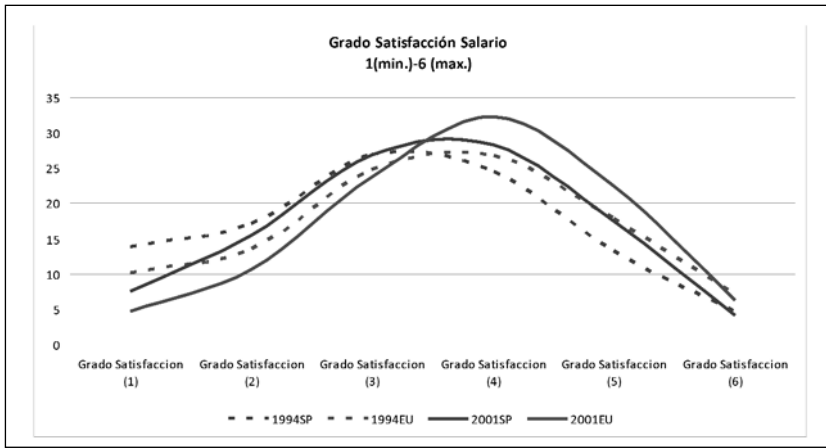


ILUSTRACIÓN 2.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO DE SU SALARIO ACTUAL (ESPAÑA-EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

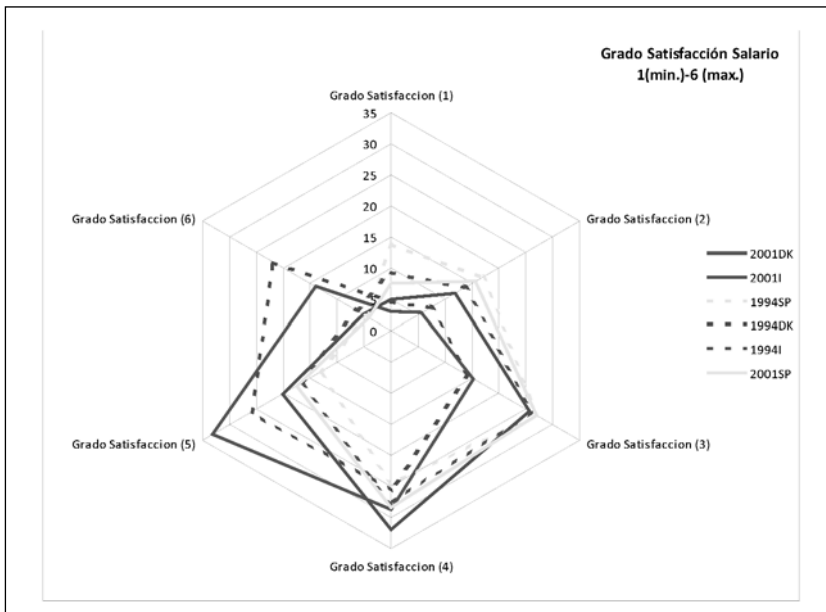


ILUSTRACIÓN 3.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO DE SU SALARIO ACTUAL (ESPAÑA, DINAMARCA, ITALIA). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

Respecto a la posición de España con los países anteriormente referenciados, Dinamarca e Italia, la ilustración 3 muestra cómo los trabajadores daneses son los que más satisfechos están respecto al salario, aunque desde 1994 hasta 2001 se ha producido un descenso entre los que valoraban esta satisfacción con una puntuación máxima (6). Estos datos están de acuerdo con los estudios que señalan que los mercados de trabajo danés y finlandés son los que cuentan con una mejor valoración por parte de sus trabajadores. No obstante lo anterior, como ya hemos señalado, estos trabajos también indican que la aplicación de otras técnicas econométricas que logren capturar los efectos no recogidos por las variables explicativas y que son específicos del país arrojarían resultados diferentes¹⁹. En cuanto a la posición de España frente a Italia podemos observar que ésta última presenta mejores resultados en la satisfacción revelada por los trabajadores, si bien en el periodo de tiempo estudiado la *satisfacción española* se ha aproximado a la italiana.

Otro de los indicadores de grado de satisfacción recogidos en el PHOGUE hace referencia a la estabilidad en el puesto de trabajo, sensación que está relacionada con el juicio global que los individuos hacen sobre su trabajo.

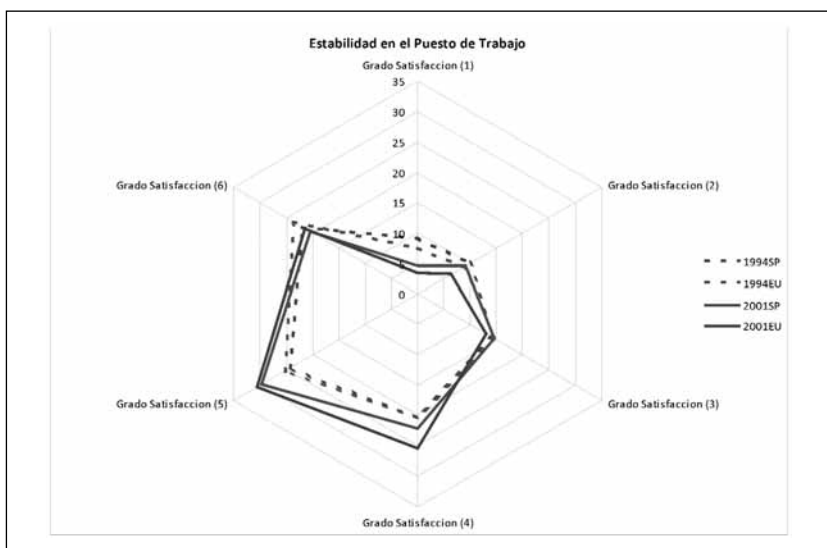


ILUSTRACIÓN 4.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO A LA ESTABILIDAD EN EL PUESTO DE TRABAJO (ESPAÑA-EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

¹⁹ Kristensen y Johansson (2008): New evidence on cross-country differences in job satisfaction using anchoring vignettes, *Labour Economics* n° 15, pp. 96-117.

Como se puede observar en la ilustración 4, de 1994 a 2001 la situación española ha mejorado, presentado una mayor frecuencia en los grados de satisfacción 3 y 4, si bien esta mejora no ha sido suficiente para seguir la senda emprendida por la Europa de los quince; en este sentido, en el año 2001 la distancia entre ambas es superior que en 1994. En lo concerniente a Dinamarca e Italia, la ilustración 5 muestra, de nuevo, un comportamiento del mercado de trabajo español muy parecido al italiano. Además, respecto a ambos y en cuanto a la valoración de sus trabajadores se refiere, destaca el mercado de trabajo danés. En este último se puede apreciar una acusada pérdida de satisfacción respecto a la situación de 1994, donde una gran mayoría de trabajadores adjudicaron un seis a la percepción de estabilidad en el puesto de trabajo.

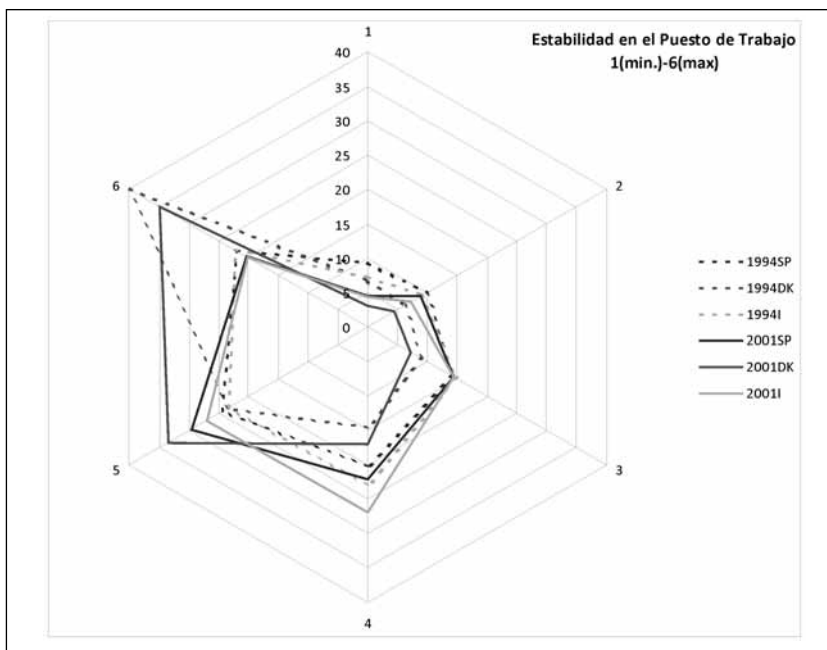


ILUSTRACIÓN 5.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO DE LA ESTABILIDAD EN EL PUESTO DE TRABAJO (ESPAÑA, DINAMARCA, ITALIA). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

Por último, en cuanto a la dimensión de *Flexibilidad* y *Seguridad* nos vamos a centrar en los datos relativos a la satisfacción sobre la jornada laboral del actual empleo, el tipo de contrato de trabajo (en función de su duración) y los motivos para dejar el trabajo previo. Hemos de hacer notar que no hemos incluido la pregunta que recoge la cobertura del seguro social del trabajador debido al excesivo rango que presenta, lo cual dificultaría en exceso el análisis.

A primera vista, la ilustración 6 muestra cómo en el ámbito de la satisfacción respecto a la jornada laboral se produce un desplazamiento del grado máximo 6 al grado 4. Ello puede reflejar una mayor exigencia por parte del empresario en cuanto a la permanencia en el puesto de trabajo u otras combinaciones de horarios que llevan a los trabajadores a presentar en 2001 una mayor frecuencia en el grado de satisfacción 4 frente al mayor número de trabajadores que en 1994 manifestaban el grado máximo de satisfacción.

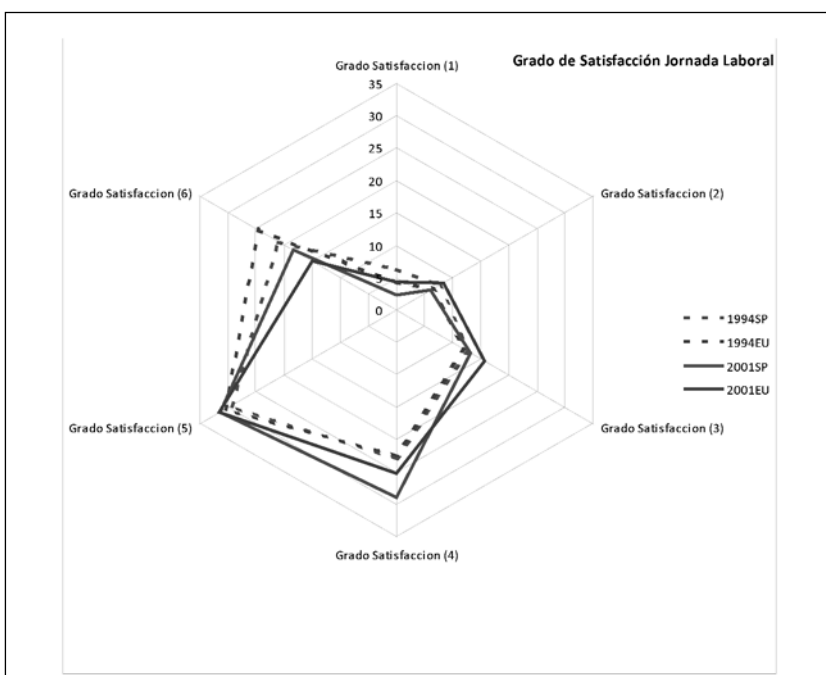


ILUSTRACIÓN 6.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO A LA JORNADA LABORAL EN EL PUESTO DE TRABAJO (ESPAÑA-EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

Respecto a la posición del mercado español frente al danés e italiano, la ilustración 7 refleja, de nuevo, la posición destacada del mercado danés en lo referente a la satisfacción global de sus trabajadores. No obstante, la ilustración señala el “deterioro” del mercado danés en el periodo 1994–2001, deterioro que se plasma en el descenso pronunciado de trabajadores daneses en valorar su satisfacción con el grado 6 y pasar mayoritariamente a un grado de satisfacción 5. Por su parte, el mercado español, nuevamente, vuelve a mostrar un comportamiento bastante parecido al italiano y ambos presentan un descenso de los trabajadores que califican su satisfacción con un 6 y un aumento de los que califican la satisfacción respecto a la jornada laboral con un grado 4.

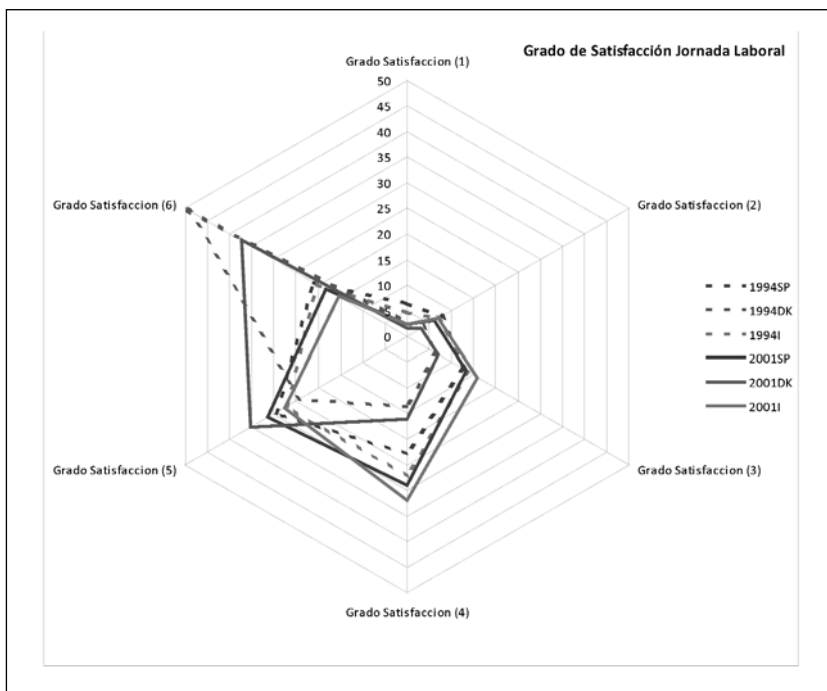


ILUSTRACIÓN 7.- GRADO DE SATISFACCIÓN REVELADA POR EL TRABAJADOR RESPECTO DE LA JORNADA LABORAL EN EL PUESTO DE TRABAJO (ESPAÑA, DINAMARCA, ITALIA). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994–2001).

Estos resultados se pueden completar con los datos relativos a la duración del contrato de trabajo. La representación de estos datos en la ilustración 8 revela la alta tasa de temporalidad existente en el mercado de trabajo español, que dobla la media de la Europa de los quince (unos porcentajes de contratos temporales del 27,42% y del 25,52% en 1995 y 2001, respectivamente, frente al 10,17% y del 10,20% en Europa para los mismos años). Precisamente, esta alta temporalidad, una de las características destacadas de nuestro mercado laboral²⁰, puede ser una de las explicaciones de la menor valoración (en términos de satisfacción) del mercado español en lo que a estabilidad en el puesto de trabajo se refiere. En el mismo sentido, la ilustración 9 refleja la mayor existencia de contratos de duración determinada en nuestro país en comparación con los firmados en Italia (7,33% en 1995 y 8,26% en 2001) o Dinamarca (7,10% y 5,13% en 1995 y 2001 respectivamente).

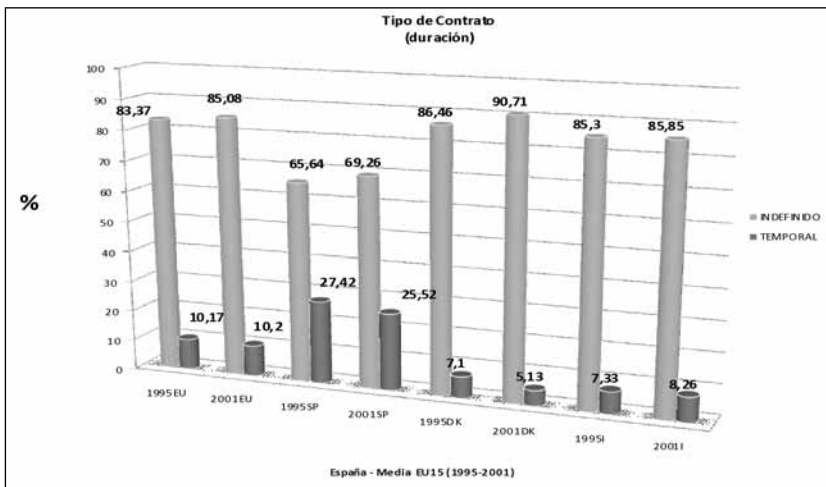


ILUSTRACIÓN 8.- TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO SEGÚN SU DURACIÓN (ESPAÑA-EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

²⁰ Según los datos de la EPA del segundo trimestre de 2008, 11.900.500 de los asalariados tienen contrato indefinido (11.747.100 en el trimestre anterior, aumentando en 35.600 este periodo; un aumento que se mantiene en términos positivos desde trimestres anteriores en los que el incremento de asalariados con contrato indefinido fue de 88.900 en el primer trimestre de 2008 y 177.000 en el cuarto trimestre de 2007). Este trimestre la tasa de temporalidad se sitúa en el 29,39%, una reducción de 76 centésimas desde la tasa del 30,15% del primer trimestre del año, inferior al 30,82% correspondiente al cuarto trimestre de 2007 que, a su vez, descendió un punto con respecto al valor correspondiente al tercer trimestre del año 2007. La reducción de la tasa de temporalidad se mantiene en el último año y marca una de las tendencias más significativas del reflejo de la crisis en la evolución del mercado de trabajo.

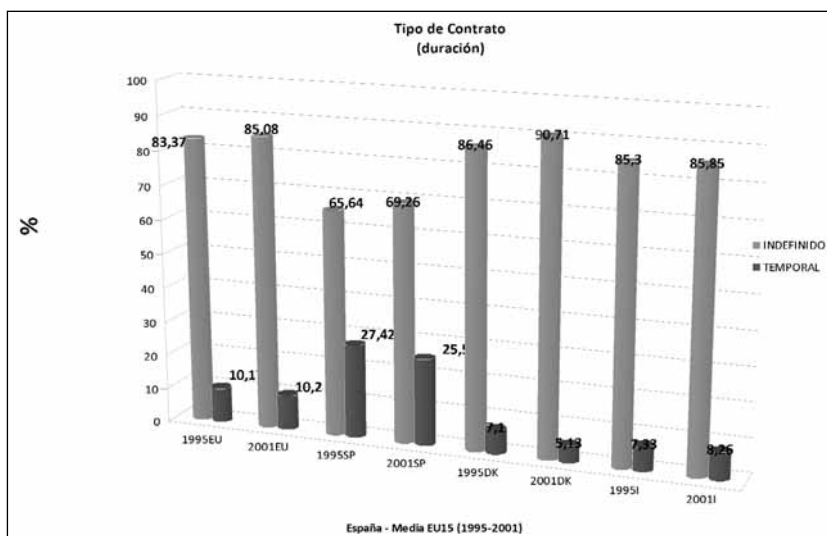


ILUSTRACIÓN 9.- TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO SEGÚN SU DURACIÓN (EU15, ESPAÑA, DINAMARCA, ITALIA). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994-2001).

Para finalizar con el análisis de la dimensión de *Flexibilidad y Seguridad*, comparamos el comportamiento del mercado español y del europeo (EU15) en cuanto a las razones por las que los trabajadores de ambos mercados cambiaron de empleo. Como se refleja en la ilustración 10 el mercado español muestran un comportamiento desigual frente al europeo en cuanto a las razones relativas a *Mejor Trabajo y Despido*. Respecto a la primera de ellas, lograr un mejor trabajo tiene una importancia explicativa menor como razón para el cambio de trabajo en el mercado español que en el europeo, si bien su peso relativo aumenta desde 1994 a 2001, aunque sin llegar a alcanzar los porcentajes del mercado europeo. Estos dos hechos pueden relacionarse, en primer lugar, con una etapa sostenida de crecimiento económico y, en segundo lugar, con la mayor flexibilidad (movilidad) del mercado europeo frente al español. Por su parte, el *Despido* como motivo para el cambio de trabajo, muestra una evolución inversa a la anterior causa; esto es, un paulatino descenso de su importancia relativa. La evolución de estas dos razones apoya la idea de que en épocas de crecimiento económico las oportunidades para encontrar un mejor trabajo aumentan y por el contrario el despido desciende como razón para cambiar de trabajo. Por último, otra de las divergencias más importantes entre el mercado europeo y el español se encuentra en el peso que la *finalización del*

contrato tiene como razón del cambio. En este sentido la precariedad de los contratos laborales del mercado español (véanse los datos sobre el porcentaje de de contratos temporales en las ilustraciones 8 y 9) marcan la diferencia con el europeo y podrían explicar, asimismo, la persistencia de esta divergencia a lo largo del periodo estudiado.

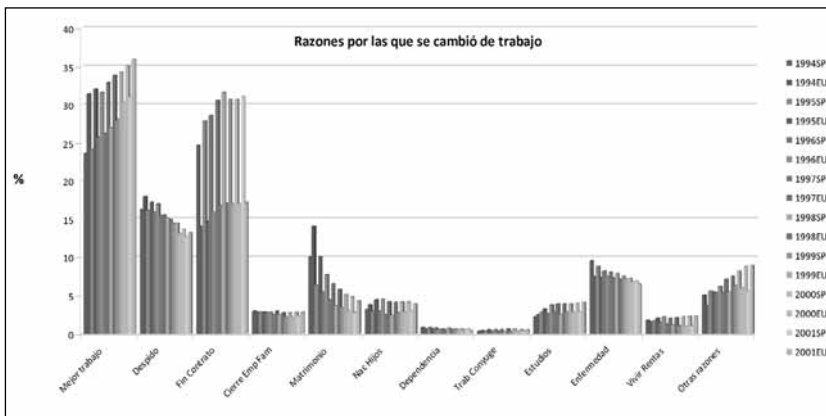


ILUSTRACIÓN 10.- RAZONES POR LAS QUE SE CAMBIA DE TRABAJO (ESPAÑA–EU15). FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA A PARTIR DEL PHOGUE (1994–2001).

4. A MODO DE CONCLUSIONES

La aproximación al análisis del concepto de Calidad en el Empleo constituye una tarea compleja, en la que hay que afrontar una serie de dificultades previas. De ellas, son quizás la definición del conjunto de parámetros utilizados para definir la calidad y las medidas para su evaluación las que se presentan como más importantes. En este trabajo, siguiendo las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, hemos optado por acotar el concepto en las dimensiones de *Calidad intrínseca del empleo* y en la de *Flexibilidad y Seguridad*. Y evaluamos ambos conceptos a partir de la satisfacción revelada por los trabajadores a través de sus respuestas a las preguntas recogidas en la encuesta Panel de Hogares Europeo (PHOGUE) para el período 1994 a 2001, de las que se han seleccionado las más relevantes para nuestro análisis. En este sentido, los cinco aspectos que se han considerado para la valoración de la *Calidad intrínseca del empleo* han sido: dificultad para la cobertura de las necesidades familiares; satisfacción con el salario percibido; satisfacción respecto a la estabilidad en el empleo; satisfacción en cuanto al trabajo desempeñado y

satisfacción con las condiciones laborales. Por su parte, la *Flexibilidad y Seguridad* se ha valorado en función de los siguientes aspectos: satisfacción sobre la jornada laboral actual; duración del contrato de trabajo y motivos para dejar el trabajo previo. Por último, para ver la posición española en este terreno se ha efectuado una comparación con la media europea (EU-15) y con dos países de nuestro entorno, Italia, por considerarlo “culturalmente” cercano²¹ y Dinamarca, por tener uno de los mercados laborales mejor valorados por sus trabajadores. Las principales conclusiones derivadas de nuestro estudio son las siguientes:

Durante el periodo 1994–2001 se aprecia un aumento de la satisfacción de los trabajadores españoles respecto al poder adquisitivo de sus retribuciones salariales, por cuanto aumenta el porcentaje de los mismos que manifiesta una mayor facilidad para llegar a fin de mes.

En sintonía con lo anterior, la satisfacción respecto a los salarios percibidos ha mejorado en el período de estudio, mejora que se refleja en un aumento del porcentaje de trabajadores que se sitúa en los niveles más altos de satisfacción (4 y 5 en un máximo de 6). Esta característica se constata tanto en España como en Europa, si bien nuestro país se sitúa debajo de la “satisfacción salarial media europea”.

En comparación con Italia y Dinamarca, y por lo que a satisfacción respecto al salario se refiere, España es la peor situada, siendo el mercado danés el que cuenta con mejor valoración. No obstante, entre 1994 y 2001 ha aumentado la satisfacción salarial revelada por los trabajadores nacionales, aproximándose a la manifestada por los italianos.

Por lo que se refiere a la satisfacción respecto a la estabilidad en el puesto de trabajo, si bien la situación española ha mejorado, en términos de una mayor frecuencia de valoración en los niveles superiores (3 y 4 sobre un máximo de 6), no ha sido suficiente para alcanzar los niveles europeos. En 2001 la distancia entre la valoración española y la europea ha sido superior a la de 1994. La comparación, en cuanto a este aspecto, con Italia y Dinamarca, arroja resultados similares a los anteriores: Dinamarca se sitúa en la mejor posición y España muy próxima a Italia.

En la dimensión relativa a la Flexibilidad y Seguridad, se observa una disminución en el grado de satisfacción de los trabajadores españoles respecto a la jornada laboral, posible reflejo de la mayor exigencia empresarial en cuanto a los horarios laborales y/o la permanencia en el puesto de

²¹ Como hemos visto el aspecto “cultural” es muy importante en la percepción individual de la “calidad del empleo” y, por tanto, en la revelación de la misma a través de las respuestas dadas.

trabajo. La comparación con Dinamarca e Italia, vuelve a reproducir las conclusiones anteriores: la similitud de la posición de los trabajadores españoles e italianos así como la mejor valoración por parte de los daneses. Dentro de esta misma dimensión, los datos analizados ponen de manifiesto la ya conocida alta temporalidad del mercado de trabajo español, que dobla la media europea (porcentaje de contratos temporales en España del 27,42% en 1995 y del 25,52% en 2001 frente al 10,17% y el 10,20% en Europa). Asimismo, esta característica del mercado laboral español también lo diferencia de los mercados italiano y danés, con unos porcentajes de contratos de duración determinada del 7,33% en 1995 y del 8,26% en 2001 y del 7,10% en 1995 y del 5,13% en 2001 respectivamente. Por último, en cuanto a las razones para el cambio de trabajo, existe cierta similitud entre nuestro país y Europa, salvo en dos motivos: lograr un mejor trabajo y la finalización del contrato. El primero de ellos presenta una importancia menor en el caso español que en el europeo mientras que el segundo muestra un peso explicativo muy acusado en nuestro país, reflejo, sin duda, de la “precariedad” de los contratos laborales del mercado español.

EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LAS NUEVAS PRESTACIONES DE DEPENDENCIA

LUIS HURTADO GONZÁLEZ

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Dependencia

El establecimiento al margen de la Seguridad Social de una serie de nuevas prestaciones públicas, entre ellas las de la Ley de Dependencia, plantea importantes cuestiones a la hora de afrontar su estudio y explicación desde los temarios tradicionales del Derecho de la Seguridad Social, en especial el fundamento conceptual que legitime la asunción exclusiva o preferente de dichas prestaciones ajenas y el cómo conjugarlas de manera coherente con las propias de la Seguridad Social. De la solución que se dé a esto dependerá el mantenimiento de la disciplina como hasta ahora o el replanteamiento integral de la misma, tanto en su denominación, estructura y contenido, como en su posible desvinculación del Derecho del Trabajo. Esta última es, precisamente, la propuesta que aquí se argumenta y defiende: que sea el concepto de Protección Social el nuevo aglutinador de todas esas prestaciones públicas (sin merma del protagonismo que, ahora como especie, mantienen las de la Seguridad Social) y el Derecho de la Protección Social, por tanto, la nueva asignatura que se ocupe del conocimiento de las mismas.

ABSTRACT

Key words: Social Security and Dependency

Naming the Dependency Law, as an example of a new social and public benefits created apart from the usual Social Security System, raises an important concern taking into account the study and explanation of the traditional topics of Labour Law Rights, specially conceptual fundamental that legitimize exclusive increase. Preferably to consider external benefits and how to put them together in the Social Security System. The solution will depend on maintaining a discipline up to now, or to totally reorganise it changing its denomination, structure, content and its possible unbound to Labour Law Rights. For the last one, which is precisely the proposal the piece of work supports and defends: that the Social Benefit concept would centralise all these public and Social Benefits. Indeed, and that Social Benefits Rights is the new issue to be analysed under those terms.

Hace unos años publiqué un artículo titulado “Seguridad Social *versus* Protección Social”¹ en el que, básicamente, sostenía que la primera de estas categorías jurídicas, la Seguridad Social, era en realidad (o más bien se había convertido en) una especie (aunque no por ello dejaba de ser la primera y más importante, histórica y conceptualmente) de un género nuevo, la Protección Social, en el que (y porque) las prestaciones de aquella convivían ya con otras muchas (que de manera aluvional fueron estableciéndose después) de sus mismos caracteres: se trata de prestaciones todas de origen legal; públicas, atendida su financiación; personales, desde el punto de vista de sus destinatarios, individualizables a partir del cumplimiento de los presupuestos y requisitos que su normativa establecedora determine, exigentes entonces, por lo general, de un trámite administrativo de solicitud y concesión; y, sobre todo, prestaciones que cumplen análoga función redistributiva, verdadera puesta en práctica del principio de solidaridad social.

De esas otras prestaciones, unas, las de raíces más antiguas (aunque también las haya de nuevo cuño, reaparecidas como “salarios sociales”, “rentas mínimas”, etc.), son reconocibles en torno a una consolidada denominación de conjunto, la Asistencia Social (que, como se sabe, también tiene relevancia constitucional en orden a la atribución de las competencias sobre ella a las Comunidades Autónomas, sin olvidar su siempre polémico deslinde con la propia Seguridad Social); mientras que las demás prestaciones, generalmente estatales, más recientes y numerosas, carecen de encaje nominal de conjunto (ayudas en materia de vivienda, a emigrantes, a mujeres maltratadas, etc.).

La paternidad doctrinal, aquí en España, de este novedoso género de la Protección Social, creo que debe atribuírsele al Profesor Borrajo Dacruz², quien aun sin tratar expresamente el tema ni teorizar sobre el mismo, desde unos años antes ya venía utilizando la expresión Protección Social con esa proyección genérica, comprensiva en aquel entonces de las prestaciones de la Seguridad Social y de las de la Asistencia Social.

Mi aportación se limitó, pues, a redimensionar el asunto, poniendo de manifiesto la recepción jurídico-positiva de la Protección Social como tal categoría genérica para, con ocasión de su acogida y utilización por el legislador³,

¹ *Actualidad Laboral* n° 13 (1995), págs. 201 a 215.

² Véase su artículo “De la Previsión Social a la Protección Social en España: bases histórico-institucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo* n° 3 (1989), monográfico sobre Protección Social, págs. 12 a 36.

³ El RD 2/1992, de 10 de enero (sin descartar antecedentes más remotos), ya habla de “Seguridad Social y Otras Prestaciones de Protección Social Pública” (refiriéndose, con esta última frase, a las de la Ley de Integración Social de Minusválidos y a las del extinto Fondo Nacional de Asistencia Social); expresión a la que se sumarían poco después, de la mano de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, las prestaciones del “Fondo de Garantía Salarial”.

proponer las que me parecía que eran las claves de su concepto, a fin de abrir así el debate.

Luego vinieron las VII Jornadas Catalanas de Derecho Social⁴ sobre Seguridad Social y Protección Social⁵ en especial la ponencia del profesor Alarcón Caracuel, bajo el título de “Hacia el Derecho de la Protección Social”⁶, cuyo mismo título ya anticipa su plena coincidencia conmigo en cuanto al advenimiento del nuevo género prestacional, si bien discrepando después en cuanto a su contenido, más amplio en su opinión, incluso también de lo que llama “Protección Social privada” (previsión social voluntaria, planes y fondos de pensiones, etc.), es decir, de las que tradicional y constitucionalmente se denominan “prestaciones complementarias” a las de la Seguridad Social (luego entraré de nuevo en esto).

Han seguido con asunto, siquiera tangencialmente, otros artículos, alguna tesis y hasta títulos y temas de manual⁷.

Sea como sea, el ámbito inicial de desenvolvimiento este genérico concepto de Protección Social era y es, antes que nada, puramente universitario y su virtud, por supuesto, docente: se trataría con él de agotar la explicación de todo ese universo prestacional público desde una perspectiva jurídica unitaria, si bien marcando un límite que hiciera factible el propósito, siendo así que mi propuesta se orientaba en el sentido de individualizar y sistematizar todas pero únicamente las normas establecedoras de prestaciones positivas o de acción (en dinero, productos o servicios), como son, precisamente, las de la Seguridad Social (que, por su indicado protagonismo histórico, jurídico y económico, creo que constituyen el obligado referente, y están y habrán de seguir estando en el punto de partida del discurso), dejando al margen, pues, las de omisión (esto es, las típicas desgravaciones fiscales, asumidas *ratio materia* por otras áreas de conocimiento).

Dicho en otros términos, de lo que se trataría es, por tanto, de engrosar, con ese fundamento jurídico-positivo, el contenido inicial del Derecho de la Seguridad Social, expandiéndolo más allá de sus fronteras naturales hacia todas esas otras prestaciones públicas de sus mismas características y, consecuentemente,

⁴ Barcelona, noviembre de 1995.

⁵ Con este mismo título, bajo la coordinación de López López, J., las distintas intervenciones fueron publicadas por Marcial Pons, 1996.

⁶ Ob. cit., págs. 11 a 34.

⁷ Así, por ejemplo, Aguilera Izquierdo, R., G. Barrios Baudor y Sánchez-Urán Azaña, *Protección Social Complementaria*, Madrid, 2ª edición, 2005, cuyo Capítulo 1, págs. 19 a 42, se titula, precisamente, “Protección Social: concepto y estructura”. Asimismo, por citar otro ejemplo, De la Villa Gil, L.E. (dir.) et alri, *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2004, pág. 69, que dentro del tema 1 incluye un epígrafe titulado “Líneas de tendencia: hacia un sistema de «Protección Social».

convertirlo en el Derecho de la Protección Social, aunque a la par hubiese que retomar la siempre pendiente cuestión de su posible autonomía científica y académica, al sumar así más argumentos las tesis que defienden la conveniencia u oportunidad de la ruptura de sus vínculos con el Derecho del Trabajo.

Estas propuestas vuelvo hoy a ponerlas sobre la mesa, no por insistencia, sino a modo de respuesta a las dudas y problemas que han suscitado los acontecimientos normativos de la última legislatura; acontecimientos que, como se sabe, han sido especialmente ricos, singulares e impactantes en materia de prestaciones públicas, obligando cuanto menos a una reflexión y debate sobre el presente y futuro del Derecho de la Seguridad Social, no tanto como sistema normativo (que ya tiene sus propios frentes abiertos, como, por ejemplo, la urgente necesidad de una nueva refundición de su Ley⁸, la falta de actualización de sus reglamentos, etc.⁹), cuanto como la disciplina universitaria encargada de su estudio y explicación.

Me refiero, en primer lugar, a la introducción legal las nuevas prestaciones para la promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia¹⁰, y me refiero también, en este primer lugar, a la renta básica de emancipación de los jóvenes¹¹. No es necesario añadir, pero sí que al menos citaré, algunas otras prestaciones que, aunque enriquecedoras también del catálogo final a considerar, habían advenido poco antes con perfiles más tradicionales: así, la prestación para las víctimas de la violencia de género¹²; o las pensiones y ayudas a los emigrantes y demás españoles en el extranjero¹³.

Y está, en segundo lugar, la igualmente novedosa prestación por nacimiento o adopción de hijos¹⁴, que ha de contemplarse por separado debido al problema añadido que, como se verá, comporta (advirtiéndose que, de momento, no he calificado a esta prestación como *de Seguridad Social*, aunque su esta-

⁸ Ley General de la Seguridad Social. En adelante, LGSS.

⁹ Sobre toda esta problemática, véase Barcelón Cobedo, S., “El Derecho de la Seguridad Social. Situación actual y perspectivas de futuro”, *Temas Laborales* n° 94 (2008), págs. 53 a 76.

¹⁰ Establecidas por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (en adelante, Ley de Dependencia), y a sus muy numerosas normas de desarrollo: RD 504/2007, de 20 de abril; RD 614/2007, de 11 de mayo; RD 727/2007, de 8 de junio; etc. Para más detalles de toda esta reglamentación, véase Blasco Lahoz, J.F., “El sistema de atención de la dependencia tras el desarrollo reglamentario”, *Temas Laborales* n° 96 (2008), págs. 44 a 48.

¹¹ Establecida por RD 1.472/2007, de 2 de noviembre.

¹² RD 1.452/2005, dictado en desarrollo del art. 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

¹³ Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la Ciudadanía española en el exterior, en especial, su art. 19, y sus también numerosas normas de desarrollo (RD 1.493/2007, de 12 de noviembre; RD 8/2008, de 11 de enero; Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo; etc.

¹⁴ Establecida por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre.

blecimiento se haya llevado a cabo en buena parte mediante la modificación de los correspondientes preceptos de la LGSS).

Centrando el asunto en las prestaciones de dependencia, por ser a mi juicio las de mayor significación (no desde luego por el rango de su norma establecedora, sino por la tremenda proyección, presente y futura, de la necesidad social cubierta con ellas¹⁵), dos cuestiones inmediatas se plantean con su aprobación, a saber, el título o fundamento que, en su caso, pueda legitimar la asunción exclusiva o preferente de su estudio y tratamiento por nuestra área de conocimiento, y el cómo y el dónde incluir su explicación en el temario del Derecho de la Seguridad Social.

Desde luego, estas cuestiones pueden soslayarse mediante el simple y sencillo procedimiento de ignorar la existencia de la Ley de Dependencia o, lo que es lo mismo, reputarla explícita o implícitamente como ajena y dejarla fuera del contenido de la asignatura, a disposición de otras disciplinas que puedan reivindicarlas (por excelencia, al Derecho Administrativo, cuyas incursiones en este terreno, aunque tímidas y limitadas aún, deben siempre ser tenidas en cuenta, pese a que formalmente sean presentadas como una interiorización sólo en el *otro lado* de las prestaciones, el de la Administración que las dispensa¹⁶).

Esta opción no es, aunque extrañe a algunos, para nada descartable. Porque la respuesta a la primera de las cuestiones planteadas se enfrenta a la incontable realidad de que dichas prestaciones de dependencia no son Seguridad Social: ni están en la lista del artículo 38 LGSS, al que, en términos de definición de dicha Seguridad Social, se remite el art. 2.2 de la misma Ley, y que, como se sabe, es el que “establece y limita el ámbito de extensión posible” de nuestro Sistema (quizás convenga recordar aquí, de acuerdo con la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional¹⁷, que el de Seguridad Social es un

¹⁵ Señala las causas de su aparición como tal Cruz Villalón, J., “La protección social de la dependencia”, *Temas Laborales* nº 89 (2007), monográfico sobre la Protección Social de la Dependencia, págs. 9 a 26, entre ellas el envejecimiento de la población, el cambio del modelo tradicional de familia, la incorporación de la mujer a la actividad productiva, las mayores expectativas de bienestar social al parir del desarrollo económico y la insuficiencia de la atención dispensada a la dependencia por la Seguridad Social y el Sistema Nacional de Salud.

¹⁶ Tal ocurre con la asignatura optativa “Régimen Jurídico de la Administración Pública Prestacional”, atribuida al Derecho Administrativo en el Plan de Estudios de Diplomado en Relaciones Laborales de la Universidad de Sevilla (BOE de 6 de octubre de 1995). Lo mismo que la de “Administración prestacional y Estado del Bienestar”, en el Plan de Diplomado en Gestión y Administración Pública de la misma Universidad (BOE de 4 de noviembre de 2005). O que el “Régimen Jurídico de los Servicios Sociales”, del Plan de Diplomado en Relaciones Laborales de la Universidad de Cádiz (BOE de 5 de julio de 2001 y 19 de julio de 2002).

¹⁷ Desde su Sentencia de 10 de febrero de 1994.

concepto “de estricta determinación legal”, sin perjuicio de la garantía institucional); ni la Administración competente para su tramitación y concesión es la de la Seguridad Social (cuyas Entidades Gestoras quedan completamente al margen); ni su financiación entra en el marco del art. 86 LGSS; y, por último, nada se dice en la Ley de Dependencia, pero creo que está fuera de toda duda que la jurisdicción competente no es la social¹⁸. A todo ello hay que sumar el fundamento constitucional que la propia Ley de Dependencia confiesa¹⁹, que es la 1ª de las competencias estatales enumeradas en el artículo 149.1 de la Constitución (“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles”), y no la 17ª (“legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”).

Doctrinalmente está más que confirmada esta catalogación negativa, considerando al de dependencia “un sistema de nuevo cuño, que ni se adscribe a la Seguridad Social ni al Sistema Nacional de Salud ni a las acciones asistenciales de las Comunidades Autónomas”²⁰. Es más, se dice del mismo, incluso, que es el “cuarto pilar” del Estado del Bienestar, junto a la propia Seguridad Social, la Salud y la Educación²¹.

Las prestaciones de la Ley de Dependencia han nacido y están, pues, “al margen del Sistema de la Seguridad Social”²², pero no por ello faltan posicionamientos en el polo opuesto.

Esto ocurre, básicamente, con las mayoría de los compendios normativos de Seguridad Social, que bajo esta expresión como título, incluyen sin reparos ni complejos la citada Ley de Dependencia junto a la LGSS, el Reglamento General de Afiliación, o la Orden TAS de cotización de cada año, tratándola, por tanto, como si de una norma más del Derecho de la Seguridad Social se tratara²³.

¹⁸ Como se sabe, el art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral es bastante estricto en esto, acotando su ámbito de aplicación a las cuestiones litigiosas “en materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo”.

¹⁹ Disposición Final 8ª de la misma.

²⁰ Montoya Melgar, A. (dir.), *La protección de las personas dependientes*, Thomson-Civitas, 2007, pág. 19.

²¹ Cruz Villalón, J., ob. cit., pág. 12; Blasco Lahoz, J. F., ob. cit., pág. 41; etc.

²² Rotundamente, Dictamen del Consejo de Estado 336/2006, citado por Montoya Melgar, A., ob. cit., pág. 19.

²³ Así, Ojeda Avilés, A. y otros, *Legislación de Seguridad Social*, Tecnos, 20ª edición, 2007, cuya contraportada presenta a esta obra como una recopilación que “abarca los textos legislativos vigentes en materia de Seguridad Social en nuestro país, desde la viejas órdenes sobre prestaciones de los años sesenta hasta el reciente Baremo Estatal del Sistema de Dependencia”, incluyendo la Ley de Dependencia en sus págs. 849 a 863, seguida de sus ya muy numerosos reglamentos. Hace lo mismo Pérez de los Cobos Orihuel, Código de Seguridad Social, La Ley, 2007, que incluye la Ley de Dependencia en sus págs. 1.343 y ss.; también Agís Dasilva, M. y J.F. Blasco Lahoz, *Legislación básica de Seguridad Social*, de Tirant lo Blanch, 4ª edición, 2007, que lo hace a partir de la pág. 1.347 (clasificándola dentro del apartado de “Prestaciones no contributivas”); e incluso, finalmente, Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, Código de Seguridad Social, Aranzadi, 2007, en sus págs. 1.663 y ss.

Mas esta inclusión de la normativa sobre dependencia en los compendios de Seguridad Social no responde en realidad al convencimiento de sus autores de que verdaderamente dichas prestaciones tengan esa naturaleza (así, unos expresamente reconocen que la Ley de Dependencia “no pertenece al Sistema público de Seguridad Social”²⁴; mientras que otros la ubican en apartados cuyos títulos –por ejemplo, “Otras ramas de la Protección Social Pública”²⁵– no dejan lugar a dudas), sino que más bien obedece a los casi siempre atendibles criterios o sugerencias de las editoriales que, movidas como es lógico por puras razones de mercado, no pretenden sino ofrecer a sus clientes la suma de normas más extensa posible. Y, ¿dónde, sino acompañando a la normativa más parecida, la de la Seguridad Social, buscará el lector la Ley en cuestión?

Por tanto, si las prestaciones de dependencia no son, en rigor, prestaciones de Seguridad Social, cabe razonable y legítimamente, pues, repudiarlas y, en consecuencia, mantenerlas fuera de los temarios de la disciplina.

Pero igual de legítima y razonable que esta postura excluyente es o, mejor, puede ser (dependiendo de los fundamentos que se aduzcan) la opuesta, en el sentido de abrir la asignatura a dichas prestaciones e incluso, en su caso (nuevamente dependiendo de los argumentos que la sostengan), a todas las demás similares que puedan encontrarse en el Boletín Oficial del Estado (como la ya citada renta básica de emancipación de jóvenes) y en los de las Comunidades Autónomas (especialmente las rentas mínimas de solidaridad por algunas establecidas).

La asunción por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del monopolio o la preferencia científica y académica sobre todas estas normas establecedoras de prestaciones públicas cuenta, creo, con dos vías posibles:

Una primera que no necesita del concepto de Protección Social o, a lo más, podría utilizar esa expresión con un significado absolutamente subordinado al concepto de Seguridad Social y al art. 41 de la Constitución: si éste se refiere por excelencia a las prestaciones de dicha Seguridad Social, pero también, de manera accesoria, a las “complementarias”, el estudio de las primeras puede expandirse, asimismo accesoriamente (y, por tanto, tan selectivamente como se quiera, ya que lo accesorio no exigiría exhaustividad) sobre las segundas. De manera que en las últimas lecciones del temario, junto a las mejoras voluntarias, las entidades de previsión social y los planes y fondos de pensiones, es decir, junto a las prestaciones privadas que, precisamente por complementar cuantitativamente a las de la Seguridad Social, suelen incluirse ahí, cabría añadir las prestaciones de dependencia y cualesquiera otras prestaciones públicas no comprendidas en el catálogo del art. 38 LGSS.

²⁴ Ojeda Avilés, A. y otros, ob. cit., pág. 31.

²⁵ Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, ob. cit., pág. 1.663.

Por tanto, esta vía descansa en la consideración de que “complementarias” serían no sólo las prestaciones privadas indicadas²⁶, sino también todas las demás que de cualquier otra manera se pudieran calificar como tales, ya públicas, ya privadas, para situaciones y contingencias no cubiertas por la Seguridad Social.

De esta manera, el recurso a la Protección Social, o bien no sería necesario, bastando entonces la expresión “Seguridad Social y protección complementaria”, o bien, a lo más, se limitaría a ser una mera denominación exenta de significado jurídico propio, útil sólo para referirse a ese impreciso y heterogéneo conjunto de prestaciones, falto también, pues, de delimitación jurídica. Dicho de otro modo, que la Protección Social sería igual a la Seguridad Social más todas las prestaciones que de cualquier forma la complementen, lo que, por ende, haría necesario distinguir la “Protección Social básica” (la Seguridad Social) y la “Protección Social complementaria” (todas las demás).

Esta idea (que complementarias de la Seguridad Social son también, aparte de las privadas, las prestaciones públicas situadas extramuros del art. 38 LGSS, entre ellas, por tanto, las de dependencia) es, precisamente, la dominante en los textos normativos y en los manuales de la disciplina que hasta el momento han hecho eco de la Ley de Dependencia, unas veces sin recurrir a la expresión “Protección Social”²⁷, y otras utilizándola sin carga conceptual alguna, como mera voz de conjunto para las de Seguridad Social y todas las demás prestaciones, públicas y privadas, que de algún modo se puedan considerar complementarias de las primeras²⁸.

²⁶ Algún manual hay, no obstante, en esta línea reduccionista. Así, Sagardoy Bengoechea, J.A., S. Del Rey Guanter y otros, *Prontuario de Seguridad Social*, Cóllex, 2004, págs. 487 y ss., que sólo sobre ellas, las privadas, tratan en el tema dedicado a las prestaciones complementarias.

²⁷ Así, la *Legislación de Seguridad Social* cit., que selectivamente incluye la Ley de Dependencia dentro del apartado rubricado como “Prestaciones complementarias”, acompañando al Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y a los preceptos sobre Mutualidades de Previsión Social del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. También Rodríguez Ramos, M.J., J. Gorelli Hernández y M. Vilchez Porras, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 2007, págs. 532 y ss., que bajo esa misma catalogación, como “Protección Complementaria”, dan cuenta de dicha Ley de Dependencia después de tratar sobre la asistencia social y los servicios sociales a favor de tercera edad y minusválidos, y antes de hacer lo propio con las mejoras voluntarias, fondos y planes de pensiones y mutualidades de previsión social.

²⁸ Sirva como ejemplo la Protección Social Complementaria cit., que aunque no incluye, por su fecha de edición, la Ley de Dependencia, bajo tal título ya mezclaba las prestaciones para las víctimas de la violencia de género y las rentas mínimas de inserción de las Comunidades Autónomas, entre otras prestaciones públicas, con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y hasta con el contrato de seguro colectivo de vida.

La segunda vía de extensión de la asignatura (que es la que defendí en mi artículo de 1995 y que ahora rescato) descansa en la idea de que las prestaciones de dependencia no son, en rigor, “complementarias” a las de la Seguridad Social. Entiéndase esto bien: en el más amplio sentido no se puede negar que lo sean, pues toda prestación que llega y ocupa espacios libres, de alguna manera complementa a cualesquiera otras anteriormente existentes. Precisamente, la propia Ley de Dependencia utiliza el calificativo con este sentido extenso, declarando su propósito de establecer “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social”²⁹.

Pero no son “complementarias” las de dependencia en el sentido que el art. 41 de la Constitución da al término, con el que se refiere a un plus de protección, en efecto, pero mas bien cuantitativo y, sobre todo, respecto de las propias contingencias y situaciones asumidas por la Seguridad Social; plus de protección en principio presidido por “una lógica contractual privada” y “financiable con fondos privados”³⁰, aunque ahora también cabe en Derecho que lo sea con recursos públicos, los de las Comunidades Autónomas, que para ello cuentan –se ha dicho– con las competencias en materia de Asistencia Social³¹.

Incluso la propia LGSS ha intentado gobernar, aunque en negativo, este concepto jurídico estricto de “prestaciones complementarias”, señalando que “cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar... las prestaciones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva forma parte del Sistema de la Seguridad Social...”³²

Cierto es que el precepto sería absolutamente concluyente para la tesis que defiende si no fuera por la limitación de su dictado a la modalidad contributiva. Pero si se tiene en cuenta la inicial redacción del mismo (a saber, “Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad completar... las prestaciones económicas de la Seguridad Social en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del Sistema...”³³), se constata que la modificación introductoria de su redacción actual³⁴ a lo único que se ha limitado es a sacar del texto a las prestaciones no contributivas, justa y precisamente para respaldar por Ley la posibilidad y admisibilidad de los complementos autonómicos a las mismas, tal y como confirma el párrafo segundo de la propia

²⁹ Exposición de Motivos, 2, párrafo 5º.

³⁰ STC 208/1988, de 10 de noviembre.

³¹ STC 239/2002, de 11 de diciembre.

³² Art. 38.4 LGSS.

³³ Art. 38.4 LGSS, en la redacción que le dio, cuando lo introdujo, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre.

³⁴ La llevó a cabo la Ley 4/2005, de 22 de abril.

norma³⁵: “Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

Con idéntico sentido estricto (aunque lógicamente sin hacerse eco de los complementos autonómicos a las pensiones no contributivas, que son mucho más recientes) está el art. 2,c de la Ley de Procedimiento Laboral, que extiende la competencia del orden social a los “sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su cause derive de un contrato de trabajo o convenio colectivo”.

Por tanto, en sentido jurídico, “complementario” es el plan de pensiones que cada ciudadano libremente suscriba para sumarlo a su pensión de jubilación; “complementaria” es la diferencia que el empresario abone sobre el subsidio por incapacidad temporal para que el trabajador se aproxime más a su salario; y “complementaria” es, ahora, la *paga extraordinaria* a cargo de la Comunidad Autónoma que la establezca a favor de sus pensionistas no contributivos; en definitiva, que merecen tal calificativo las prestaciones públicas y privadas que cuantitativamente se sumen a las de la Seguridad Social en las situaciones y contingencias cubiertas por ésta.

La Ley de Dependencia cubre, en cambio, una necesidad social distinta, un nuevo “riesgo social”³⁶ que, no obstante, también podría haber sido protegido desde la Seguridad Social, si ésta hubiese sido la opción del legislador, siendo así que sus novedosas prestaciones resultan de un Sistema propio, en fines y medios, que no complementa, sino que es “afín”³⁷ y, por tanto, converge con el de la Seguridad Social ocupando, en posición de completa soberanía, un espacio nuevo ignorado o rechazado por ésta.

De manera que no siendo las de dependencia prestaciones “complementarias” a las de la Seguridad Social, sino afines a éstas, es ahora más que antes que la Protección Social se impone como concepto genérico, aglutinador de unas y de otras sobre la base, no de una imprecisa y no delimitable relación de complementariedad, sino de la comunidad de caracteres entre ellas existente.

Hasta aquí las dos posibilidades. Que llevan al mismo punto, podrán decir algunos, pues independientemente del lado en el que esté la razón, por una vía o por la otra las prestaciones de dependencia pueden entrar en la disciplina. ¿Qué sentido tiene, entonces, este debate (que, si bien se piensa, no es sino una reformulación del desencuentro doctrinal en cuanto al contenido de la Protección Social, si inclusiva o no de las prestaciones privadas)?

³⁵ Asimismo introducido por la citada Ley 4/2005 cit.

³⁶ González Ortega, S., *Protección Social de las personas dependientes*, La Ley, 2004, pág. 9.

³⁷ Este calificativo, aplicados a análogas prestaciones públicas, en el art. 6 LGSS.

La pregunta puede y debe responderse. Porque la diferencia entre uno y otro camino para la asunción académica de las prestaciones de dependencia es, sin embargo, considerable: si se entiende que las mismas son complementarias de las de la Seguridad Social, el estudio de ésta puede, repito “puede”, extenderse sobre aquéllas. O puede no extenderse. Y no sólo porque, en tanto que accesorias, su inclusión pueda ser selectiva, sino también porque la imprecisión de ese rasgo así entendido, falta de delimitación jurídica, hará que la inclusión de tales o cuales prestaciones en el temario de la asignatura dependa del criterio de cada uno, de lo que cada uno entienda como prestaciones complementarias.

Por tanto, con la opción de la complementariedad como fundamento de la eventual extensión (selectiva, en su caso) de la asignatura, no sólo se corre el riesgo de que haya temarios que no contemplen la Ley de Dependencia (creo, no obstante, que este riesgo es mínimo), sino que lo más probable es que ninguno incluya la renta básica de emancipación de los jóvenes o la protección de las víctimas de la violencia de género³⁸, pese a que se trata de prestaciones que participan de sus mismos caracteres.

Y asimismo se corre el riesgo contrario, esto es, que se dé entrada en el índice a cualquier prestación de cualquier manera considerada “complementaria” a las de la Seguridad Social³⁹.

Por el contrario, si el fundamento de la *vis atractiva* del Derecho de la Seguridad Social sobre todas estas prestaciones es la identidad de sus caracteres con las que le son propias (en especial, su misma financiación, que para la mayoría –no por ahora para las de dependencia, aun cuando su carácter público es indiscutible⁴⁰– determina su inclusión en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas⁴¹), la resultante igualdad conceptual de las mismas como especies de la Protección Social [en cuyo concepto no están, por defecto de esos caracteres, las prestaciones privadas (cuyo estudio, sin embargo, tampoco tiene por qué ser sacrificado, sino que puede permanecer cómo hasta ahora, esto es, como las propia y verdaderamente complementarias a las de la Seguridad Social)] no permite ya selección excluyente alguna.

Pero, a la par, semejante sobredimensionamiento del contenido de la disciplina obliga, por coherencia, a reivindicar su formalización, es decir, el cambio de denominación, pasando de “Derecho de la Seguridad Social” a “Derecho de

³⁸ Ninguno de los manuales actualizados a 2007 incluye el estudio de estas prestaciones.

³⁹ Llaman la atención, en este sentido, Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, *Legislación sobre Protección Social Complementaria*, Aranzadi, 2006, que junto a la normativa sobre ayudas públicas a emigrantes, discapacitados, etc., incluyen, además de la de los fondos de pensiones y seguros privados, la de Fundaciones y hasta la de la ONCE y Cruz Roja Española.

⁴⁰ Cruz Villalón, J., ob. cit., págs. 15 a 17; Blasco Lahoz, J.F., ob. cit., págs. 42–43.

⁴¹ RD 397/1996, de 1 de marzo.

la Protección Social”; no bastando, pues, como hasta ahora, con la mera introducción de asignaturas adicionales, incluyentes de esta última expresión (mucho menos con cualquier descriptor), para que convivan con la tradicional⁴² (a menos que, dejando a ésta como “Derecho de la Seguridad Social”, la otra se denominara “Otras prestaciones de Protección Social”⁴³).

De lo que se trata, en definitiva, es de diluir el Derecho de la Seguridad Social en el Derecho de la Protección Social y que sea ésta la disciplina que monopolice el conocimiento jurídico de toda la acción prestacional pública⁴⁴.

Y, a partir de aquí, aunque sea un tema a tratar y discutir en otro momento, no se ve qué pueda impedir ya su definitiva segregación del Derecho del Trabajo, cuyas propias posibilidades de crecimiento y redefinición, extraordinariamente multiplicadas también merced a recientes normas (como son los estatutos del trabajo autónomo⁴⁵ y del Empleado Público⁴⁶), pueden también apuntar, desde el otro extremo, en la misma línea escisionista.

Aceptado esto, la respuesta a la segunda cuestión que planteaba (el cómo y el dónde encajar el estudio de las prestaciones de dependencia) deja de ofrecer dificultad. Podría entonces estructurarse el temario del Derecho de la Protección Social en los siguientes bloques temáticos, a impartir bien en un único curso académico, bien a repartir en dos.

Los bloques serían los siguientes:

- I) Concepto, formación histórica y componentes de la Protección Social.
- II) Seguridad Social, contributiva (Régimen General y Especiales) y no contributiva [en este bloque, definiendo que debe seguir incluido, porque el

⁴² Con este limitado papel, la expresión “Protección Social” aparece ya en algunos planes de estudio: así, en los de Diplomado en Relaciones Laborales de las Universidades de Sevilla [“Prestaciones de Protección Social” (BOE de 6 de octubre de 1995)], Cádiz [“Derecho de la Protección y Asistencia Social (BOE de 5 de julio de 2001, de 19 de julio de 2002 y 3 de diciembre de 2002)], de Almería [“Protección Social complementaria” (BOE de 27 de enero de 2006)] y de Alicante [“Régimen Jurídico del sistema de Protección Social Complementaria” (BOE de 12 de noviembre de 2001)].

⁴³ Precisamente fue ésta la denominación que se propuso para su inclusión en el plan de estudios de Relaciones Laborales de la Universidad de Sevilla y que, no se sabe bien cómo, se perdió en la tramitación aprobatoria del mismo.

⁴⁴ Son varios los planes de estudio de Licenciado en Derecho que incluyen la asignatura optativa “Protección Social” [Universidad de Lleida (BOE 11 de agosto de 2005)] o “Derecho de la Protección Social” [Universidades de Girona (BOE de 17 de octubre de 2003), Navarra (BOE de 22 de junio de 2006), País Vasco (BOE de 25 de agosto de 2003), Sevilla (BOE de 30 de julio de 2003), etc.]. Desde luego, esto no significa, ni mucho menos, que los descriptores respectivos respondan a los planteamientos aquí defendidos. Precisamente, la heterogeneidad de los mismos es otro argumento a su favor.

⁴⁵ Ley 20/2007, de 11 de julio.

⁴⁶ Ley 7/2007, de 12 de abril.

art. 38.1.a) LGSS así lo mantiene, el estudio del derecho a la asistencia sanitaria (centrado en la prestación en sí, en sus dos vertientes, profesional y para personas sin recursos; dejando en lugar accesorio, si no abandonando, los aspectos puramente organizativos de la Administración dispensadora, los servicios de salud de las Comunidades Autónomas). E incluido, por supuesto, puede seguir el tema o temas sobre las prestaciones complementarias privadas].

III) Otras prestaciones de Protección Social, distinguiendo en un apartado las estatales (incluyendo entre ellas, por imperativo de la Ley 10/1994 cit., las del Fondo de Garantía Salarial, de las que, por cierto, muchas veces se olvida que nacieron en el seno de la Seguridad Social, dentro de las prestaciones por desempleo ex art. 176 de la Ley de Seguridad Social de 1966: "...abono de las indemnizaciones reconocidas por sentencia de la Magistratura de Trabajo a favor de trabajadores despedidos, cuando éstos no puedan hacerlas efectivas por insolvencia del deudor..."), y en otro apartado las autonómicas (incluyendo aquí las de Asistencia Social, fundamentalmente en su versión "rentas mínimas de solidaridad" y, cómo no, cuando las haya, los propios complementos autonómicos a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, que no por complementarias –en sentido propio– dejan de ser Protección Social, en tanto que prestaciones con sus mismos rasgos), cuyo catálogo final, con las prestaciones que indiqué al principio y las demás que procedan (como la reconocida a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la Guerra Civil⁴⁷), más las antiguas y en vías de extinción (como las pensiones del SOVI y las de la Ley de Integración Social de Minusválidos), queda pendiente de cerrar.

Es en este bloque donde cabe incluir, pues, el estudio de las prestaciones de dependencia, sin perjuicio su posible adscripción interna o no a alguna de las especies tradicionales, como la propia Asistencia Social o, más seguramente, los servicios sociales. Datos hay para ello en la propia Ley establecedora, que dice constituir "un nuevo desarrollo de los servicios sociales", como "instrumento para mejorar la situación" de éstos⁴⁸, a la vez que se declara plenamente respetuosa de las competencias que las Comunidades Autónomas "hayan asumido en materia de asistencia social"⁴⁹.

⁴⁷ Establecida por la Ley 3/2005, de 18 de marzo.

⁴⁸ Exposición de Motivos, 2, párrafo 6º.

⁴⁹ Exposición de Motivos, 3, párrafo 3º.

Y por semejante adscripción ha optado la doctrina⁵⁰ y, desde luego, muchos de los compendios normativos⁵¹ y manuales de la disciplina⁵².

Con todo, no se agotan aquí los problemas surgidos con el aluvión de prestaciones de la pasada legislatura, pues queda a espera de debate y solución (que por mi parte dejo para otro momento) el difícilísimo encaje (por razón del límite propuesto para la determinación del contenido de la Protección Social, en tanto que circunscrita a las prestaciones positivas o de acción, a la imagen y semejanza de las de la Seguridad Social), difícilísimo encaje, digo, de la nueva prestación por nacimiento o adopción de hijos⁵³

El problema está en que se trata, en primer término, de una deducción en la cuota del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (una desgravación fiscal, en suma) y, en su defecto (esto es, para personas que no tienen derecho a esa deducción, bien por no estar obligadas a la declaración anual del Impuesto, o bien por otros motivos), sólo en su defecto, se convierte en prestación de la Seguridad Social⁵⁴. Es más, incluso en este último caso, la gestión de la prestación es susceptible de delegación a favor de los “órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”⁵⁵.

Semejante construcción resulta completamente novedosa, inesperada y, por qué no, criticable desde un punto de vista técnico–jurídico, rompiendo los moldes que hasta el momento se habían venido utilizando en la materia y abriendo frentes (más bien riesgos) absolutamente innecesarios (v. gr., competencia de jurisdicción en eventuales recursos).

La naturaleza dual de la prestación hace que no se pueda explicar al alumno quién tiene derecho a la de la Seguridad Social sin explicar antes quién no tiene derecho a la deducción fiscal, y esto –claro– obliga a entrar en una normativa, la del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas⁵⁶, hasta ahora ajena y

⁵⁰ Olarte Encabo, S., “Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia” *Temas Laborales* n° 89 (2007), pág. 188.

⁵¹ Sempere Navarro, A.V. y G. Rodríguez Iniesta, *Código de Seguridad Social* cit., ubican la Ley de Dependencia en el apartado “Otras ramas de la Protección Social Pública”, subapartado “Servicios Sociales y Asistencia Social”. Asimismo, De la Villa Gil, L.E., *Leyes laborales y de Seguridad Social*, Iustel, 2007, que la coloca dentro del apartado titulado “Sistema de Asistencia Social”.

⁵² Así, Vida Soria, J. y otros, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 3ª edición, 2007, págs. 449 y ss., que tratan sobre la protección de la dependencia junto a la asistencia social y los servicios sociales. Más claramente, Rodríguez Ramos, M.J., J. Gorelli Hernández y M. Vélchez Porras, *Sistema de Seguridad Social*, que lo hacen dentro del epígrafe “Servicios Sociales”.

⁵³ Establecida por la ya citada Ley 35/2007.

⁵⁴ Art. 3 de la Ley 35/2007.

⁵⁵ Art. 5 de la Ley 35/2007.

⁵⁶ En concreto, el art. 81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto.

extraña al área de conocimiento, a salvo los límites para la exclusión de conceptos cotizables ex art. 109 LGSS (que, por cierto, tampoco han resultado nunca cómodos de explicar).

Mas no es la dificultad que supone entrar en la normativa fiscal el motivo de queja, sino la incoherencia que supondría asumir la explicación de esta deducción sin una mínima cobertura conceptual: ¿por qué no asumir, entonces, dentro de la Protección Social, el estudio de otras deducciones que tuvieran análoga función redistributiva, como, por ejemplo, la establecida por el art. 81 de la Ley del IRPF en favor de las madres trabajadoras con hijos menores de tres años que, por añadidura, pueden cobrar su importe por anticipado, directamente de la Administración tributaria⁵⁷?

Aquí se abre, pues, el primer debate del recién nacido Derecho de la Protección Social, a saber, si su contenido debe mantenerse limitado a las prestaciones públicas positivas o de acción, o ir más allá y abarcar también esas parcelas de la legislación sobre impuestos.

⁵⁷ Art. 81 de la Ley 35/2006 cit.

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA, DISCRIMINATORIA POR RAZÓN DE GÉNERO

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

*Profesora Titular EU de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Jubilación Parcial

El régimen jurídico de la jubilación parcial anticipada fue ampliamente reformado por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, para endurecer los requisitos de acceso a la misma, aunque de forma paulatina, gradual y progresiva durante un período transitorio de seis años. El acceso a esta modalidad de jubilación había experimentado un significativo incremento en los últimos años, por el aliciente de su utilización para empresas y trabajadores frente a la siempre más gravosa jubilación anticipada propiamente dicha. En la jubilación parcial anticipada, el coste repercute en las arcas de la Seguridad Social.

La nueva regulación reserva la posibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a los “trabajadores a tiempo completo” que reúnan determinados requisitos de edad, antigüedad, reducción de la jornada de trabajo y cotización, si, además, se celebra un contrato de relevo con otro trabajador en determinadas condiciones. Esa reserva a los “trabajadores a tiempo completo” debe considerarse claramente discriminatoria por razón de género a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y también del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Key words: Social Security, Partial and Early Retirement

During a transitory six-year period, the Judicial Social Security regime has been reformed gradually and progressively as regards the Social Security System to restrict pre-requisites for partial retirement access. The access to this type of retirement has been increased in the past years, because presented a benefit for workers and companies compared to the usual and more expensive early retirement. The Social Security Funding system assumes the related cost to partial and early retirement.

The new regulation offers the possibility of access to partial or early retirement for those “full time workers” that meet certain requisites such as age, seniority, work reduction, and that have paid national insurance, and if apart from this, is definitely granted if a new worker is hired under the same conditions. This benefit for “full time workers” should be considered as a discriminatory measure under the judicial regime of The Court of Justice of the European Communities and under the Constitutional Cour.

ÍNDICE

1. EL FUNDAMENTO DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN POR LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL
3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO Y JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

1. EL FUNDAMENTO DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN MATERIA DE JUBILACIÓN POR LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL*

Mediante la Ley de medidas en materia de Seguridad Social¹, se procede a dar soporte normativo a una parte importante de los compromisos incluidos en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito con el respaldo de los interlocutores sociales². Una de las instituciones reformadas más drásticamente ha sido la jubilación parcial anticipada en lo que se refiere a los requisitos exigidos para el acceso a la misma.

El problema del envejecimiento demográfico y el vuelco de la pirámide poblacional son cruciales para entender el conjunto de políticas sociolaborales que se establecen respecto de las personas de edad avanzada³. Tal vuelco viene propiciado tanto por la disminución de la población en edad laboral como por el fuerte incremento de la esperanza de vida de las personas mayores.

En este sentido, la disminución de la tasa de natalidad –el llamado “*baby crash*”, con un promedio en la actualidad de 1,5 hijos por mujer en el ámbito de la Unión Europea⁴, 1,3 en España–, se reflejará pronto en una considerable disminución de la población en edad de trabajar, aunque, en cierta medida, se verá compensada con el incremento del empleo femenino por la incorporación de la mujer masivamente al mercado laboral. Por otra parte, también se dejará notar un significativo incremento de las personas de edad avanzada, propiciado no sólo por la decreciente mortalidad y el mejor nivel de sanidad, asistencia e

* Este artículo se enmarca en los resultados científicos del proyecto titulado “La relevancia de la edad en las relaciones laborales y de Seguridad Social”, con número de referencia SEJ2006–15174–C03–01, incluido en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2006–2009, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

¹ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, publicada en el BOE núm. 291, de 5 de diciembre de 2007.

² Suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME.

³ Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* –COM (2006) 571 final–.

⁴ Muy por debajo de la tasa de sustitución de 2,1 necesaria, si no se computa la inmigración, para garantizar la estabilidad de la pirámide poblacional.

higiene, que favorecen una continua ampliación de la longevidad o expectativa de vida de las personas⁵, sino también por la entrada en la vejez de las generaciones del “*baby boom*”⁶, que caracterizó los años de la postguerra. En concreto, el momento en el que las generaciones del “*baby boom*” –con edades ahora en la población europea entre 45 y 65 años– pasen a ser personas de edad y alcancen progresivamente la edad de jubilación, que provocará un incremento muy significativo de la proporción de personas de edad avanzada que deberán recibir protección social de una población en edad de trabajar reducida, con los problemas en términos de financiación de las jubilaciones que ello puede plantear⁷. Este fenómeno se padecerá en España con un retraso de más de diez años, por el correspondiente retraso del boom de la natalidad, por lo que podrán contrastarse experiencias de otros Estados de nuestro entorno e incluso trasladar a España medidas previamente ensayadas y contrastadas en otros Estados que contrarresten los peligros de viabilidad del sistema de Seguridad Social y el peligro de déficit de protección social de los futuros pensionistas.

Un fenómeno que puede contribuir a frenar la inversión de la pirámide poblacional, compensando los efectos de la baja fecundidad y de la prolongación de la duración de la vida, es la creciente entrada de inmigrantes extracomunitarios que acoge Europa. No obstante, sus repercusiones a largo plazo son inciertas, y dependerán, entre otros factores, de su efectiva contribución al incremento de la tasa de natalidad y de las políticas de reagrupación familiar más o menos restrictivas que se adopten.

⁵ Véanse datos en la Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* cit. De “ascenso... imparable” lo califica GARCÍA GIL, M^a.B., *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*, Aranzadi (Cizur Menor 2006), p. 178, en cuanto que “la edad media de población mundial se está incrementando a razón de cuatro meses por año”. Ello supondría un incremento en catorce años para el año 2050 de la expectativa de vida actual y, por tanto, un incremento espectacular del número de personas que rebasarán las edades de ochenta y noventa años, de modo que muchas de ellas pasarán varias décadas jubiladas. La propia Comunicación de la Comisión *Envejecer mejor en la sociedad de la información* –COM (2007) 332 final– reconoce que la esperanza media de vida ha pasado de 55 años en 1920 a más de 80 en la actualidad y que el grupo de más de 80 años casi se duplicará de aquí a 2050.

⁶ Con esta conocida expresión, surgida tras la Segunda Guerra Mundial, se trata de identificar a las personas nacidas durante el período de mayor auge de natalidad que se dio en Europa en los años de la postguerra –entre 1946 y 1964– y que incrementó, gracias al mayor número de nacimientos, de manera notable su población. Este proceso tuvo en España una media de retraso de más de diez años respecto del resto de los Estados de Europa occidental, pues se produjo entre 1957 y 1977.

⁷ Con la jubilación de la generación del “baby-boom”, el número de personas con edades comprendidas entre 65 y 80 años aumentará en casi un 40% entre 2010 y 2030. Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Envejecer mejor en la sociedad de la información* –COM (2007) 332 final– Bruselas, 14 de junio de 2007.

Ante el riesgo de desequilibrio de las finanzas públicas, que se pronostica en un futuro cercano por el envejecimiento poblacional, especialmente por las pensiones, la sanidad y los servicios asistenciales prestados a personas de edad avanzada⁸, la Unión Europea propone una estrategia global⁹, y define una serie de orientaciones políticas clave para tratar de proporcionar una respuesta constructiva al reto demográfico de las próximas décadas¹⁰. Entre otras recomendaciones, la Comisión Europea hace un llamamiento a la necesidad de reformas adicionales en algunos países para evitar salidas precoces del mercado laboral, incrementar la edad de cese definitivo de actividad, ofrecer a los mayores estímulos financieros para que permanezcan en el mercado laboral y hacer posible que las personas completen sus pensiones de jubilación con pensiones complementarias, garantizando al mismo tiempo un mejor equilibrio entre las prestaciones y las cotizaciones de una persona.

Las modificaciones introducidas en la pensión de jubilación por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social pueden sintetizarse en cuatro aspectos cruciales: exclusión de los días cuota del cómputo del período mínimo de cotización; jubilación anticipada; incremento de la cuantía de la pensión como incentivo a la prolongación voluntaria en el trabajo después de alcanzada la edad de jubilación, incluso con posibilidad de completar pensiones máximas con pensiones complementarias; y jubilación parcial, para aproximar los requisitos de acceso a la jubilación parcial anticipada a los de la jubilación anticipada y, en definitiva, dificultar en gran medida su utilización cuando se

⁸ Según la Comunicación de la Comisión *Envejecer mejor en la sociedad de la información*, cit., “el gasto en pensiones, asistencia sanitaria y cuidados de larga duración aumentarán entre un 4 y un 8% del PIB en los próximos decenios. La ratio entre cotizantes y pensionistas se reducirá de 5:1 a 2:1 para 2050”.

⁹ Véase la Comunicación de la Comisión *El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad* cit., que supuso la continuación de la Comunicación *Los valores europeos en un mundo globalizado* y del Libro Verde de la Comisión *Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones* [–COM (2005) 94 final, no publicado en el Diario Oficial–].

¹⁰ En concreto, cinco orientaciones políticas clave: favorecer la renovación demográfica a través de una mejor conciliación entre la vida personal, familiar y laboral; mejorar los sistemas educativos y la formación permanente para conseguir mayores tasas de empleo, incluso para los trabajadores mayores de 55 años, y una vida activa más larga, con participación, en todo caso voluntaria y no obligada, de las personas mayores de 65 años; mejorar la productividad en el trabajo, para poder aprovechar a cualquier edad la competencia, la calidad y la productividad del trabajo y crear nuevos mercados de bienes y servicios para clientes de más edad; desarrollar una política común de inmigración legal y promover una mejor integración de los inmigrantes, para atraer mano de obra exterior cualificada con el fin de colmar las necesidades del mercado laboral; y acometer reformas en el régimen de jubilación para lograr unas finanzas públicas viables, que garanticen una protección social adecuada y la equidad entre las generaciones en los Estados miembros

pretende acceder a ella antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación. Los requisitos de acceso a la jubilación parcial para los trabajadores que han cumplido ya los 65 años de edad no se han endurecido del mismo modo, sino que se mantienen en la línea de facilitar el tránsito gradual del trabajador de la vida activa a la pasiva y el alargamiento de la actividad laboral de los trabajadores de más edad.

2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La jubilación parcial, en sus dos modalidades de jubilación anticipada y jubilación autónoma, permite compatibilizar trabajo a tiempo parcial y cobro de la pensión de jubilación antes o después de los 65 años, constituyendo cada una de ellas una vertiente de la jubilación parcial, con condiciones y regulaciones propias. Ambas, junto a la jubilación flexible, constituyen excepciones al requisito del cese total en el trabajo para el acceso a la pensión de jubilación contributiva¹¹. La diferencia entre la jubilación parcial y la jubilación flexible la marca la condición de quien va a ser beneficiario de la pensión parcial en el momento de acceso a la misma, según que el beneficiario que vaya a pasar a compatibilizar la pensión con el trabajo a tiempo parcial esté, en el momento en que inicia dicha situación, laboralmente activo –jubilación parcial– o totalmente jubilado –jubilación flexible–. Lo que se consigue con estas figuras es “un híbrido de medio trabajador y medio pensionista”¹², que cobra la parte del salario por la jornada de trabajo que realiza y la parte de la pensión de jubilación correspondiente a la jornada de trabajo que no realiza.

Se considera, así, jubilación parcial la iniciada cuando el trabajador, que está en activo y tiene al menos cumplidos los sesenta años de edad –con la implantación progresiva de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social se exigirán 61 años–, reduce su jornada de trabajo mediante la celebración de un contrato de trabajo a tiempo parcial con su empresa, que se simultanea con el percibo de una pensión de jubilación reducida y, si el jubilado parcial no ha alcanzado la edad ordinaria de jubilación de 65 años, con la celebración de un contrato de relevo, de conformidad con lo establecido en los arts. 12.6 y 12.7 ET, 166 LGSS y 9 a 18 y disposición adicional primera del Real Decreto, por

¹¹ Art. 160 LGSS.

¹² En palabras de Borrajo Dacruz, E., *Envejecimiento de la sociedad y jubilación gradual y flexible*, cit., p. 412.

el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial¹³. Se trata de facilitar la retirada de la vida laboral y el acceso a la jubilación de forma progresiva.

Distinto es el concepto de jubilación flexible en sentido estricto, que es la modalidad de jubilación prevista en los arts. 165.1 párrafo 2º LGSS y 4 y ss. del Real Decreto de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁴, a la que se puede acceder desde la situación de jubilación total, ordinaria o anticipada, cuando el jubilado celebra un contrato de trabajo a tiempo parcial que puede compatibilizarse con el percibo de la pensión de jubilación proporcionalmente reducida. Se pretende con esta jubilación flexible reintegrar parcialmente a la vida laboral a trabajadores ya jubilados mediante la celebración de contratos a tiempo parcial y la consiguiente reducción de su pensión de jubilación.

La jubilación parcial anticipada, vigente en nuestro ordenamiento desde el año 1984¹⁵, posibilita la jubilación parcial del trabajador antes de que haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación de los 65 años. Pese a su calificación de “anticipada”, hasta la reciente modificación introducida por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, no guardaba más similitud en su regulación con el régimen de las jubilaciones propiamente anticipadas que la posibilidad misma de jubilarse antes de los 65 años. Una de las principales divergencias, que aún se mantiene, es que frente a lo que sucede en las jubilaciones anticipadas propiamente dichas, la cuantía de la futura pensión de jubilación no se resiente, pues no se aplican coeficientes reductores de la cuantía de la pensión. Su creación respondió, principalmente, a la necesidad de crear empleo y distribuir el entonces disponible, sin olvidar tampoco el tránsito paulatino hacia el total cese en el trabajo.

¹³ Art. 9 RD 1131/2002, de 31 de octubre.

¹⁴ RD 1132/2002, de 31 de octubre.

¹⁵ Tras la aprobación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 4), entre ellos, el art. 12 sobre el contrato a tiempo parcial y el contrato de relevo. Su desarrollo reglamentario, en aquella fecha, se contenía en el RD 1991/1984, de 31 de octubre, por el que se regula el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial (BOE de 9 de noviembre). Sobre la evolución legislativa de estas normas hasta la fecha actual, *vid.*, entre otros, Pedrajas Moreno, A., “Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo”, en AA.VV., *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Lex Nova (Valladolid, 2000), p. 182 ss.; Meso Llamosas, I., *Acerca de la jubilación parcial y las resoluciones judiciales dictadas por el TSJPV*, AS, Westlaw Bib. 748, 2006, pp. 2 ss.; Palomino Saurina, P., *La jubilación parcial tras la Ley 40/2007*, RGDTS, nº 17, 2008, Iustel, pp. 2 ss.

La jubilación parcial autónoma, denominada también diferida o postergada, permite la jubilación parcial de los trabajadores que hayan cumplido ya los 65 años de edad y se enmarca, frente a la anterior, dentro de las medidas tendentes al establecimiento de una jubilación gradual y flexible, iniciadas con el Real Decreto-Ley de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁶ y consolidadas tras la Ley de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible¹⁷, sobre todo con la finalidad no ya de facilitar la jubilación anticipada como mecanismo de fomento y reparto del empleo sino de incentivar la presencia laboral activa de los ciudadanos más allá de su edad ordinaria de jubilación.

Ambas modalidades de jubilación parcial tienen en común la compatibilidad entre el desarrollo de una actividad laboral y el disfrute de una pensión de jubilación de forma parcial, tanto en lo que se refiere al tiempo de trabajo, como en lo relativo a la percepción de la prestación económica correspondiente. Además, se accede a las mismas desde la situación de laboralmente activo del beneficiario. La continuidad en la prestación de servicios del trabajador exige ineludiblemente en ambos supuestos una novación contractual, para concertar un contrato a tiempo parcial. Las diferencias, además de la edad, atienden, fundamentalmente, a los presupuestos condicionantes de acceso, así como a la exigencia o no de celebración simultánea de un contrato de relevo.

A la jubilación parcial autónoma¹⁸ pueden acceder los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo en un porcentaje comprendido entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%, ambos referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Para su disfrute, no es necesaria la celebración simultánea por el empresario de un contrato de relevo con otro trabajador para cubrir la jornada que deja libre el jubilado parcial. Por tanto, los requisitos que se exigen son los mismos que para acceder a la jubilación ordinaria¹⁹, excepto el requisito del cese en el trabajo, que sólo ha de ser parcial, y con el único requisito adicional de reducir la jornada de trabajo en el porcentaje que se desee

¹⁶ RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre.

¹⁷ Ley 35/2002, de 12 de julio.

¹⁸ Regulada en el art. 166.1 LGSS.

¹⁹ De acuerdo con lo previsto en los artículos 160 y 161 LGSS estos requisitos son: el requisito general de afiliación y situación de alta o asimilada; y los requisitos específicos de edad –que exige haber cumplido 65 años de edad–, carencia –que requiere tener cubierto un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos dos deben estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho– y cese en el trabajo –que en el caso de la jubilación parcial debe matizarse–.

dentro de los límites indicados. Así las cosas, basta con tener quince años cotizados para acceder a la jubilación parcial autónoma.

Mayores requisitos se exigen, en cambio, para acceder a la jubilación parcial anticipada, especialmente desde la reforma operada por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, aunque su introducción será paulatina, gradual y progresiva durante el período transitorio de los seis años posteriores a la entrada en vigor de la Ley –del 1 de enero de 2008 al 1 de enero de 2014–.

En el ámbito del contrato de trabajo del trabajador que se jubila parcialmente se habían producido en los últimos años significativas modificaciones legislativas, en el marco, hasta la última reforma que parece de signo contrario, de una evidente tendencia a flexibilizar esta relación compleja para convertirla en más atractiva y utilizada. Por un lado, en relación con la edad del trabajador parcialmente jubilado. Si hasta el Real Decreto–Ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad²⁰ ésta tenía que ser, como máximo, de tres años inferior a la exigida para tener derecho a pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social, bastó después que fuese, como máximo, cinco años inferior. En principio, la jurisprudencia y la doctrina mantuvieron que la edad a la que se refería el art. 12.6 ET –“que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida”– no era necesariamente la general del art. 161.1 LGSS, sino que también debía considerarse la edad reducida que se aplicaba en determinados sectores específicos por sus condiciones especiales de penosidad, peligrosidad, toxicidad o insalubridad²¹. Esta tesis fue incluso confirmada por el art. 8 del Real Decreto por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto–ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad²²: “...a tales efectos, se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan”²³, derogado por el Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Sin embargo, la redacción del art. 166.2 LGSS dada por la de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden

²⁰ RD–ley 15/1998, de 27 de noviembre.

²¹ De acuerdo con la posibilidad de jubilación anticipada con edad rebajada por Real Decreto que, tras la reforma de la Ley 40/2007, se regula en el art. 161 bis 1 LGSS. Sobre el tema, véase Fernández Prieto, M., “La jubilación con edad rebajada por Real Decreto: actividades peligrosas, insalubres o penosas o discapacidad del trabajador”, en AA.VV., *La relevancia de la edad en relación al empleo, la protección social y la inmigración*, Bosch (en prensa).

²² RD 144/1999, de 29 enero, vigente hasta el 28 de noviembre de 2002.

²³ Así lo pone de manifiesto, vg., Mella Méndez, L., *Consideraciones sobre el contrato de relevo*, AL, n° 46, 1998, p. 870.

Social de 2001²⁴, vino a establecer mayor precisión en la exigencia de una edad inferior a cinco años, como máximo, “a la exigida con carácter general”. Y, finalmente, el art. 9 del Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en desarrollo del art. 166.4 LGSS, fue tajante al exigir el cumplimiento de los sesenta años para acceder a la jubilación parcial, aunque, sorprendentemente, matiza que a tales efectos se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan. Por su parte, el art. 10 b) del mismo Real Decreto exige a la empresa la concertación simultáneamente de un contrato de relevo cuando el trabajador acceda a la jubilación parcial a una edad real inferior a los sesenta y cinco años, “sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que correspondan”.

También se había flexibilizado la reducción de jornada. En principio se exigió que fuese exactamente del 50%. Después, el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad introdujo un cierto margen para permitir al trabajador reducir su jornada entre un 30 y un 77%. Y, desde la Ley de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad²⁵, los topes de reducción se ampliaron, pudiendo oscilar entre un 25%, como mínimo, y un 85%, como máximo, de la jornada y, correspondientemente, del salario del trabajador. Además, el art. 12.6 ET hablaba, precisamente, de reducción “de su jornada de trabajo” y no, simplemente, “de la jornada de trabajo”, signo de que el trabajador parcialmente jubilado podría ser, inicialmente, un trabajador a tiempo parcial, en cuyo caso dichos porcentajes operarían sobre su jornada de trabajo, una jornada ya inicialmente inferior a la máxima de convenio o, en su defecto, a la máxima legal. Ello fue así hasta que el art. 10 a) del Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial expresamente señaló en su segundo párrafo que los porcentajes mínimo y máximo de reducción de la jornada –el 25 y el 85%– se entendían referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable. Desde entonces, fuese un trabajador a tiempo completo o a tiempo parcial, al acceder a la jubilación parcial debía reducir su jornada de trabajo entre un 25 y un 85% no de su propia jornada de trabajo sino de la de un trabajador a tiempo completo comparable.

²⁴ Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

²⁵ Ley 12/2001, de 9 de julio.

La aludida flexibilización favoreció sin duda la utilización de la jubilación parcial anticipada como instrumento de regulación de empleo²⁶. No está de más recordar que, pese a que la jubilación parcial anticipada parece una figura fácil de deslindar de las situaciones de prejubilación, algunos convenios colectivos han utilizado esta figura para pasar a la situación de jubilados a trabajadores de edad avanzada de cuyos servicios se quiere prescindir, y hacerlo de una forma altamente rentable tanto para empleadores como para trabajadores. De hecho, antes de la reforma operada por la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, los requisitos que se exigían para acceder a la jubilación parcial, también en su modalidad de jubilación parcial anticipada, eran prácticamente los mismos que para la jubilación ordinaria, con las únicas salvedades de la reducción de la jornada de trabajo y, en el caso de la jubilación parcial anticipada, la obligación del empresario de no amortizar las horas de trabajo dejadas vacantes por el jubilado parcial y contratar a un sustituto parcial mediante un contrato de relevo. En consecuencia, como el trabajador siempre tiene el aliciente de que su futura pensión no se ve reducida²⁷, en los casos en que realmente funcionaba la jubilación parcial anticipada era cuando el empresario, que asumía la obligación de celebrar un contrato de relevo, tenía interés en ello, como ocurría, de una forma incuestionable, en los casos de políticas empresariales de renovación o rejuvenecimiento de plantillas²⁸.

Así, ciertos convenios²⁹ definen la jubilación parcial como jubilación parcial anticipada, al considerar tal la iniciada después de cumplir sesenta años y como máximo hasta el cumplimiento de los sesenta y cinco años, simultánea

²⁶ Según datos aportados por Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, en AA.VV. (Dir. Sempere Navarro, A.V.), *La reforma de la Seguridad social de 2007–2008*, Aranzadi 2008, p. 181. s. se pasó de 6.819 altas de jubilación parcial en 2002 a 27.809 en 2006, con un incremento del 308% “y con una importancia creciente en el conjunto de las jubilaciones anticipadas (un 28% en 2006 cuando en 2001 suponían en torno al 6%)”.

²⁷ Incluso el tiempo cotizado durante la jubilación parcial anticipada, pese a que se corresponde con un trabajo a tiempo parcial, al simultanearse su contrato con el contrato de relevo, computa como si se hubiese cotizado sin reducción de jornada, tanto en relación con las bases de cotización, como con el porcentaje a aplicar a las mismas. Véase, al respecto, el art. 18 RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial.

²⁸ Sobre la necesidad de la participación del empresario para la jubilación parcial anticipada, véase López Balaguer, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo. Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch (Valencia 2008), pp. 60 ss.

²⁹ Principalmente en algunos sectores en que se siente la necesidad de rebajar la edad de jubilación, como el del transporte respecto de los conductores, sin que legalmente esté prevista la posibilidad de una jubilación ordinaria a una edad anterior a los sesenta y cinco años.

con un trabajo a tiempo parcial y vinculada a un contrato de relevo. Estos convenios en general establecen la jubilación forzosa en los sesenta y cinco años de edad, para fomentar la contratación de trabajadores jóvenes, con lo cual la relación laboral incluso de los trabajadores que no se acogen a la jubilación parcial se extingue en principio con el cumplimiento de esa edad. En los casos en que se pretende facilitar la regulación del empleo se exige, además, con cierta frecuencia, que el trabajador reduzca su jornada de trabajo en el límite máximo legalmente previsto del 85%, con lo que su prestación de servicios se reduce al 15% de la jornada, e incluso se arbitran fórmulas para la realización de ese 15% de la jornada. En ocasiones, las fórmulas que, en cada caso, pacten la empresa y el trabajador, al objeto de conciliar que la prestación y distribución del 15 % de la jornada a trabajar se realice con criterios razonables para la organización del trabajo en las empresas y del criterio del trabajador. Otras veces se prevé expresamente la realización de la jornada de trabajo reducida no a lo largo del año sino acumulada en un solo período, o en el menor espacio de tiempo posible y en jornadas diarias completas, o en jornadas de duración diaria idéntica a la que venían realizando con anterioridad, o en un máximo de días, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los trabajadores y las empresas. Algunos convenios van más allá y permiten la acumulación de la prestación del servicio correspondiente a períodos supraanuales³⁰ en los meses inmediatamente siguientes a la jubilación parcial y a jornada completa, de nuevo sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los trabajadores y las empresas. Hay incluso convenios que dispensan a los trabajadores parcialmente jubilados de su deber de prestación de servicios durante la jornada residual. Así, algunos aplican una escala de bonificaciones que se traduce en una dispensa mayor o menor del trabajo a realizar en función de la antigüedad del trabajador en la empresa, sin perjuicio del acuerdo al que pueda llegar el trabajador y la empresa, pero otros se limitan a permitir sin más que la empresa pueda optar por retribuir los servicios sin exigir a cambio la prestación efectiva de los mismos. Y otros convenios hasta imponen la consideración a todos los efectos como permiso retribuido del 15% de la jornada que se mantiene como contrato a tiempo parcial³¹.

La empresa podía conseguir así, a través de la jubilación parcial y de la celebración de contratos de relevo con trabajadores jóvenes, de una manera más rentable, los mismos efectos perseguidos con la prejubilación de los trabaja-

³⁰ Acumulación no prevista, como es sabido, por el ET que en el art. 34.2 ET se refiere únicamente a la posibilidad de establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año.

³¹ Para un análisis más exhaustivo de la negociación colectiva, Fernández Prieto, M., *Reducción de jornada y posibilidad de acumular el tiempo de reducción*, Aranzadi Social, n° 16 (2007), pp. 68 ss., con cita de convenios.

dores de mayor edad: la renovación de la plantilla. El trabajador accedía a la jubilación parcial cobrando un 85% de la pensión. Y, en cuanto a la jornada de trabajo del 15% restante que, teóricamente, debía continuar realizando hasta la jubilación total, podía ocurrir que incluso quedase dispensado de realizar trabajo alguno. E incluso, si tenía que trabajar, podía venir impuesta o pactada la acumulación del trabajo a realizar en los meses siguientes a la jubilación parcial y a jornada completa. El aliciente que presentaba la jubilación parcial era su fácil accesibilidad, en la medida en que la carencia exigida para el acceso a la jubilación parcial, incluso anticipada, era la misma que para la jubilación ordinaria. Bastaba con que el trabajador tuviese quince años cotizados a lo largo de su vida laboral, dos al menos en los quince años inmediatamente anteriores al momento de acceder a la jubilación parcial, frente a los treinta años cotizados que se le exigen al trabajador para acceder a la jubilación anticipada³², a la que, por otra parte, sí se le aplican importantes coeficientes reductores de la cuantía de la pensión para desincentivar su utilización.

La jubilación parcial anticipada se regula en el artículo 166.2 de la LGSS. La Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha modificado la jubilación parcial de forma radical para aproximar los requisitos de la jubilación parcial anticipada a los de la jubilación ordinaria, aunque, precisamente para atenuar los efectos inmediatos de esa drástica reforma, se ha introducido en la LGSS una disposición transitoria decimoséptima, que establece una aplicación gradual del nuevo régimen en un plazo entre cinco y siete años, e incluso prevé la posibilidad de aplicación del régimen anterior durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de la ley a los trabajadores afectados por compromisos adoptados mediante convenio o acuerdo colectivo.

Para acceder a la jubilación parcial anticipada, se exigen, como regla general, tras la reforma, además de la celebración con carácter simultáneo de un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, y de que el trabajador que pretenda acceder a la jubilación parcial anticipada sea a tiempo completo, seis requisitos, recogidos sistemáticamente en el art. 166.2 a-f LGSS.

El primer requisito exigido es haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores que fueron mutualistas antes de 1967³³, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado por la naturaleza

³² Ahora regulada en el apartado 2 del art. 161 bis LGSS.

³³ A quienes se refiere la regla 2ª del apartado primero de la disposición transitoria tercera LGSS y cuya existencia –mutualistas de 60 años– resultará biológicamente imposible a partir del año 2011.

excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o la discapacidad del propio trabajador. Con esta precisión, la reforma no se reduce a la mera exigencia de un año más de edad para el acceso a la jubilación parcial anticipada.

Con anterioridad a la Ley de medidas en materia de Seguridad Social se exigían 60 años sin más, pero la nueva regulación se aplicará gradualmente. Durante el año 2008 se exigen aún 60 años y se irán adicionando dos meses año tras año hasta el año 2014. Además, hasta el 31 diciembre 2012 se podrá acceder con 60 años y con una reducción máxima del 85%, si el trabajador que se jubila parcialmente tiene treinta años cotizados y seis de antigüedad en la empresa.

En segundo lugar, se exige acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, los seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computa también la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 ET, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

Antes de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, no se exigía ninguna antigüedad mínima en la empresa. Este requisito se introduce también de forma paulatina. Por ello, en el año 2008 se exigirán sólo dos años de antigüedad, que se ampliarán en un año más cada año hasta llegar a los seis previstos en el año 2012. Con esta limitación se trata de evitar ciertas conductas, algunas abusivas o fraudulentas³⁴, utilizadas con bastante reiteración en los últimos tiempos, consistentes en contratar a un trabajador en la empresa para, prácticamente sin solución de continuidad, facilitarle el acceso a la jubilación parcial. Incluso se podía enviar al paro a los trabajadores dos años antes de cumplir la edad de acceso a la jubilación parcial, para contratarlos nuevamente una vez cumplida dicha edad y que accediesen, de forma prácticamente inmediata, a la jubilación parcial. Con ello se conseguía anticipar, a través de la prestación de desempleo, incluso en dos años más la retirada del mercado laboral de los trabajadores de edad avanzada.

En tercer término, se requiere que la reducción de la jornada de trabajo se encuentre comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%, o

³⁴ Existe al respecto una doctrina judicial contradictoria, aunque, en la mayor parte de los casos, los tribunales resolvieron, de acuerdo con la literalidad de las normas aplicables, a favor del reconocimiento de la jubilación parcial anticipada del trabajador pese a su corta permanencia en la empresa (SSTSJ de Cantabria de 5 de julio de 2007 –AS 2007/2708– y de 31 octubre de 2007 –AS 2008/283–; STSJ País Vasco de 30 julio 2007 –AS 2008/527–; STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2007 –JUR 2007/334963–). En contra, la STSJ del País Vasco de 22 de mayo de 2007 –AS 2007/3105–, que hace una interpretación teleológica de las normas, basada en la prohibición del ejercicio antisocial y del abuso del derecho, así como en el fraude de ley.

del 85% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y treinta años de cotización a la Seguridad Social. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

De este modo, la Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha ampliado la jornada laboral mínima que debe realizar el jubilado parcial, que debe ser ahora al menos del 25% frente al 15% anterior. Con ello, parece pretenderse obstaculizar la práctica bastante extendida en las empresas, especialmente en algunos sectores de la actividad, de reducir la jornada al 15% y conceder permisos retribuidos a los trabajadores que, de ese modo, quedaban liberados de su obligación laboral y dejaban de trabajar desde el momento de la jubilación parcial, utilizando ésta como instrumento al servicio de la reestructuración y la renovación de las plantillas. No obstante, la aplicación de esta ampliación será también gradual, pues durante el año 2008 se seguirá exigiendo el mínimo del 15%, que se ampliará a razón de dos o tres puntos porcentuales más cada año hasta llegar al 25% en el año 2012. Se permitirá, además en todo caso y sin limitación temporal, una reducción del 85% de la jornada cuando el trabajador tenga seis años de antigüedad en la empresa y treinta de cotización a la Seguridad Social y el relevista sea contratado a jornada completa y mediante contrato de duración indefinida. Si se dan todas estas particularidades, parece convalidarse aquella práctica.

El cuarto requisito exigido, aunque no menos importante, consiste en acreditar un período previo de cotización de treinta años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias, es decir, los días cuota³⁵.

Es importante destacar que la Ley de medidas en materia de Seguridad Social ha duplicado, ni más ni menos, el tiempo de cotización de quince años hasta ahora exigidos para así aproximar las condiciones de acceso entre la jubilación parcial anticipada y la jubilación anticipada propiamente dicha. La medida pretende frenar su utilización como medida de reestructuración sin costes para la empresa pero con altos costes para el sistema de la Seguridad Social, y reservar esta modalidad de jubilación a las personas que realmente han contribuido a mantener el sistema. También se introducirá de modo progresivo. Durante el año 2008 se exigen dieciocho años de cotización y se aumentarán tres años más de cotización por cada año que transcurra hasta llegar a los treinta en el año 2012.

³⁵ Como tampoco se tiene en cuenta, según recoge expresamente la nueva redacción del art. 161.1.b) LGSS, en el cómputo de la carencia exigida para el acceso a la jubilación ordinaria.

El quinto requisito se aplica únicamente a los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, en cuyo caso se exige una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no puede ser inferior al 65% de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente, se añade, se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

El último requisito se refiere a la duración de los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial, que deberá ser, como mínimo, igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación³⁶.

A estos seis requisitos sistemáticamente ordenados en el artículo 166.2 LGSS, debemos añadir otros dos recogidos en el párrafo primero y que no podemos soslayar. El primero, que no plantea mayor novedad en relación con la regulación anterior, exige que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el art. 12.7 ET. El segundo, que no se debe pasar por alto aunque hasta el momento la doctrina científica no le haya prestado la atención deseada³⁷, pese a resultar de gran trascendencia, vincula la posibilidad de acceder a la jubilación parcial anticipada a “los trabajadores a tiempo completo”. Interpretado *a sensu contrario*, este requisito parece impedir a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a la jubilación parcial anticipada, prohibición que, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, supondría una maniobra discriminatoria indirecta por razón de género.

3. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO Y JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

El derecho a no ser discriminados directa o indirectamente en el acceso al empleo o una vez empleados, entre otros motivos por razón de sexo, se recoge

³⁶ Además, la disposición adicional 29ª de la Ley 40/2007 modifica el contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y el contrato de relevo (art. 12.6 y 12.7 ET) e introduce una disposición transitoria duodécima en el Estatuto de los Trabajadores para regular la aplicación gradual del nuevo régimen legal.

³⁷ O lo haya hecho para evidenciar que “a partir de la LMSS, queda más claro aún que a esta jubilación parcial no se puede acceder desde el contrato a tiempo parcial”, como si incluso ya estuviese claro antes. En este sentido, Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., p. 181.

en la actualidad expresamente en los arts. 4.2.c) y 17.1 ET. Pero ya antes, el Tribunal Constitucional, acogiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, había señalado que la prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, “comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”³⁸.

La definición de la discriminación indirecta por razón de género³⁹ se contiene en el art. 2.1.b) de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁴⁰, que recoge la definición incluida en el art. 2.2 de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo⁴¹. La recepción en Derecho interno de tal definición se ha realizado por el art. 6.2 LO para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres⁴², que reproduce de forma prácticamente literal la definición de la directiva y considera discriminación indirecta por razón de género “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”⁴³.

³⁸ Véase, entre otras, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240).

³⁹ Sobre el concepto, Pérez Del Río, T., *La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE, modificación de la D/76/207/CEE*, Revista de Derecho Social, n.º 19, 2002, pp. 96 ss.

⁴⁰ Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006.

⁴¹ Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, según redacción dada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 y en la línea de las definiciones de discriminación indirecta contenidas en las Directivas 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁴² LO 3/2007, de 22 de marzo.

⁴³ Previamente, las leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, habían traspuesto las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

De dicha definición se deduce que son dos los elementos configuradores de la discriminación indirecta por razón de género⁴⁴: el impacto adverso sobre un colectivo definido por su sexo, para cuya comprobación la prueba estadística suele considerarse determinante, y la falta de justificación de la medida que provoca el impacto adverso, entendida de forma restrictiva como la no superación del triple juicio de la proporcionalidad –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto–. Para que la medida pueda considerarse justificada se exige, pues, que sea susceptible de conseguir el fin propuesto –juicio de idoneidad–; que no exista otra medida más moderada, capaz de conseguir el mismo resultado con un impacto menor –juicio de necesidad– y que los beneficios que se consiguen con la medida sean mayores que los perjuicios causados –juicio de proporcionalidad–.

Ambos elementos se recogen de forma visible en la jurisprudencia constitucional de aplicación del art. 14 de la Constitución relativa a la discriminación indirecta por razón de género⁴⁵ y en la reiterada jurisprudencia comunitaria de aplicación del art. 119 TCEE –actual art. 141 TCE– y de las Directivas comunitarias de desarrollo, que puede sintetizarse en la aseveración de que “el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”⁴⁶. En los supuestos en que se denuncia una discriminación indirecta, para acreditar la presencia de tratamiento discriminatorio, no resulta necesario aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, pues lo que se compara no son los individuos sino grupos sociales en los que los individuos que los componen

⁴⁴ Véase Lousada Arochena, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Aranzadi Social, Base de datos Westlaw, BIB 2007/2897.

⁴⁵ Jurisprudencia especialmente amplia en el ámbito de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres –SSTC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145); 145/1992, de 13 de octubre (RTC 1992, 145); 58/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 58); 286/1994, de 27 de octubre (RTC 1994, 286); 147/1995, de 16 de octubre (RTC 1995, 147); 250/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 250) –, pero también existente en los ámbitos del acceso al empleo – STC 41/1999, de 22 de marzo (RTC 1999, 41) –, las condiciones de trabajo – SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240), 203/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 203) y 3/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 3) –, y las prestaciones de Seguridad Social – SSTC 253/2004, de 22 de diciembre (RTC 2004, 253) y 154/2006, de 22 de mayo (RTC 2006, 154)–.

⁴⁶ Entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990 (TJCE 1991, 20), asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 128), asunto Nimz; de 4 de junio de 1992 (TJCE 1992, 114), asunto Bötzel; de 17 de junio de 1998 (TJCE 1998, 142), asunto Kathleen Hill y Ann Stapleton; de 9 de febrero de 1999 (TJCE 1999, 21), asunto Seymour-Smith y Laura Pérez; o de 10 de marzo de 2005 (TJCE 2005, 60), asunto Vasiliki Nikoloudi.

se ponderan estadísticamente y están formados mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadores de un mismo sexo, como ocurre característicamente con los trabajadores con menos fuerza física o con los trabajadores a tiempo parcial.

En este sentido, no está de más recordar que el concepto de discriminación indirecta por razón de género ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al hilo del enjuiciamiento de sucesivos supuestos referidos a contratos de trabajo a tiempo parcial⁴⁷, y que también en la jurisprudencia constitucional se encuentra algún ejemplo⁴⁸. Así, cuando se afirma que un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se quiere decir que en la misma situación laboral se le dé un trato más favorable a los varones que a las mujeres sino simplemente que la aplicación de la medida produce efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, pero no exclusivamente, por trabajadoras femeninas. Para que el tratamiento sea considerado discriminatorio se requiere, además, que no exista una justificación objetiva y razonable suficiente, aunque este requisito se interpreta de forma muy restrictiva para no vaciar de contenido el principio de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras, que la propia jurisprudencia eleva a la categoría de principio fundamental de Derecho comunitario.

En relación con la nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, tras la Ley de medidas en materia de Seguridad Social, llama poderosamente la atención que el párrafo primero del artículo 166.2 LGSS, de forma expresa pero, quizás hasta cierto punto veladamente, reserve la posibilidad de acceder a la misma a los “trabajadores a tiempo completo”⁴⁹ que reúnan los requisitos enumerados en el propio artículo. No ocurre lo mismo con la jubilación parcial a la que se accede después de haber cumplido los 65 años de edad, regulada en el art. 166.1 LGSS, para quienes la única limitación que se establece al respecto es que la reducción de su jornada de trabajo esté comprendida entre un mínimo

⁴⁷ Ampliamente sobre el tema Cabeza Pereiro, J., Lousada Arochena, F., *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Comares, 1999.

⁴⁸ Véase STC 253/2004, cit., en relación con la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social y el diferente trato legislativo que provoca una discriminación indirecta por razón de sexo entre los trabajadores a tiempo parcial, por el cómputo exclusivo de las horas trabajadas, y los trabajadores a tiempo completo, para quienes el cómputo se realiza por días trabajados.

⁴⁹ Pese a lo cual, Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., *Ley de Medidas en materia de Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Civitas, 2008, p. 105, n.83, afirman que “quizás pudieran asimilarse a ellos los trabajadores contratados a tiempo parcial cuyas jornadas de trabajo, valoradas en su conjunto, equivalgan en días teóricos a los de un trabajador a tiempo completo comparable”. Sin una equivalencia legal expresa, cuesta entender cómo habría de hacerse ésta, a menos que se estén refiriendo a trabajadores pluriempleados con contratos a tiempo parcial.

de un 25% y un máximo de un 75%, porcentajes referidos en ambos casos “a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable”⁵⁰. Esta matización invita a presuponer que también un trabajador a tiempo parcial puede jubilarse parcialmente después de los 65 años de edad, si bien debe reducir su jornada de trabajo entre un 25 y un 75% no de la jornada reducida realizada por el trabajador con contrato a tiempo parcial hasta el momento de la jubilación parcial sino de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Es interesante destacar, no obstante, que idéntica precisión realiza la letra c) del art. 166.2 LGSS, tras establecer los límites de la reducción de la jornada del trabajador que se pretende jubilar parcialmente de forma anticipada, al remitirse también a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. La puntualización es, en este último caso, además de superflua, sumamente equívoca, pues en la medida en que se exige que el trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial anticipada sea un trabajador a tiempo completo, su jornada es ya a tiempo completo y no habrá ningún trabajador más idóneo que él mismo –de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico– con quien realizar la comparación para fijar los límites de reducción de la jornada. Incluso es probable que esta precisión haga pasar más desapercibido el requisito de ser trabajador a tiempo completo para acceder a la jubilación parcial anticipada.

La exigencia de jornada a tiempo completo –y la presunta limitación de acceso a la jubilación parcial para los trabajadores a tiempo parcial– ya se había previsto en el art. 9 del ya derogado Real Decreto por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social⁵¹, el Real Decreto–ley de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad⁵². El tema había provocado cierta polémica doctrinal cuestionando la posibilidad de exigir que el contrato de trabajo del trabajador que accediese a la jubilación parcial anticipada tuviera que ser un contrato por tiempo indefinido y a jornada completa⁵³.

⁵⁰ De acuerdo con el art. 12.1 ET la jornada de un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato y un trabajo idéntico o similar y, a falta de éste, la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

⁵¹ RD 144/1999, de 29 de enero.

⁵² RD–Ley 15/1998, vigente hasta el 28 de noviembre de 2002 y en el que también expresamente se reservaba el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores contratados a jornada completa.

⁵³ Véase López Balaguer, M., *Jubilación parcial en el contrato de trabajo*, cit., p. 51, con cita de bibliografía –Salinas Molina, F., *Jubilación parcial*, JL, nº 3, 2000; Calvo Gallego, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, p. 65–.

La exigencia fue suprimida por el Real Decreto por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial y, con ello la cuestión quedó temporalmente resuelta hasta la reciente reforma de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social⁵⁴, incluso por la doctrina de suplicación⁵⁵, posibilitando el acceso a la jubilación parcial a los trabajadores a tiempo parcial, aunque su jornada en la práctica debía ser superior al 40%⁵⁶.

Y se debe insistir en que llama poderosamente la atención esta exigencia porque el TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto muy similar en el asunto Steinicke⁵⁷, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de justicia alemán en relación con el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad –*Alterstailzeit*–, que abarca el período previo a la jubilación, previsto en la legislación federal aplicable a la función pública⁵⁸. A este régimen se puede acceder según dos modelos⁵⁹: la llamada fórmula a tiempo parcial –*Teilzeitmodell*–, que consiste en un empleo a tiempo parcial continuo, con una reducción uniforme de la jornada laboral durante todo el período considerado, equivalente a la mitad de la jornada laboral normal; y la llamada fórmula de dos fases o de trabajo en bloque –*Blockmodell*–, en la que a una fase trabajada a tiempo completo o, en todo caso, más que a media jornada, le sigue una fase de dispensa, licencia o exención de trabajo y, por tanto, una salida anticipada de la vida profesional, aunque el trabajador mantiene su calidad de empleado aun cuando no trabaje. En el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad para la función pública, y aunque la retribución del trabajador se reduce en la misma proporción que la jornada de trabajo, se prevé un suplemento igual a la diferencia entre la retribución neta correspondiente a la jornada reducida realizada y el 83% de la retribución neta que se pagaría por un empleo realizado a tiempo completo.

Pues bien, uno de los requisitos exigidos inicialmente para poder acceder a este régimen era haber trabajado, como mínimo, tres años en total a tiempo

⁵⁴ Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., *La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 100; López Gandía, J., *Jubilación parcial*, Bomarzo, 2004, p. 34.

⁵⁵ STSJ País Vasco de 29 de diciembre de 2006 –AS 2007/896–.

⁵⁶ Porque, como señala Fernández Orrico, F.J., “La jubilación parcial: contratos a tiempo parcial y contrato de relevo”, cit., p. 184, en caso contrario no sería posible cumplir con los márgenes legales mínimo y máximo de reducción de la jornada. Es decir, no sería posible reducir la jornada por lo menos un 25% y trabajar al menos el 15% de la misma.

⁵⁷ STJCE de 11 de septiembre de 2003, asunto C–77/2002, Erika Steinicke.

⁵⁸ Art. 72 ter apartado 1 de la *Bundesbeamtengesetz* de 14 de julio de 1953, en su versión publicada el 31 de marzo de 1999 vigente hasta el 30 de junio de 2000.

completo en los cinco años inmediatamente anteriores al comienzo del empleo a tiempo parcial. Precisamente con el planteamiento de la cuestión prejudicial se pretendía dilucidar si ese requisito era o no contrario al Derecho comunitario⁶⁰, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación indirecta entre hombres y mujeres, al existir muchas más mujeres que hombres que trabajaban a tiempo parcial⁶¹ y que, por este motivo, quedaban excluidas del trabajo a tiempo parcial por razón de la edad. La respuesta del Tribunal es contundente, al considerar el requisito contrario a la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, a menos que esté justificado “por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo”, apreciación que, según el Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional, aunque, a la vista de los autos del procedimiento principal, de las observaciones escritas y de las alegaciones presentadas, el propio Tribunal, “llamado a facilitar respuestas útiles al juez nacional, es competente para proporcionar indicaciones” o indicios para facilitar al juez nacional su labor y, en definitiva, para que pueda dictar una resolución suficientemente motivada.

En este sentido, como justificación de la medida que provoca el impacto adverso, y en definitiva de la desigualdad de trato –la exclusión de los funcionarios que trabajan a tiempo parcial del acceso al régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad–, se alegaron por el *Bundesanstalt für Arbeit* argumentos relativos a la política de empleo, la descongestión del mercado de trabajo y la promoción de la contratación, a la neutralidad de costes y a las cargas derivadas de la planificación y distribución del trabajo en la función pública. El Tribunal de Justicia, invocando jurisprudencia del mismo, recuerda que aunque los Estados Miembros disponen de un amplio margen de aprecia-

⁵⁹ Regulados por la *Altersteilzeitgesetz* de 23 de julio de 1996, para los trabajadores que hayan alcanzado los 55 años de edad y con el objetivo de permitir la contratación de trabajadores desempleados.

⁶⁰ En concreto, a los artículos 2, apartado 1, y 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, hoy refundida en la Directiva 2006/54/CE. A estos efectos, el Tribunal recuerda que la finalidad del régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad es reducir el tiempo de trabajo normal y, en la medida que supone una reordenación del tiempo de trabajo, afecta a las condiciones de trabajo. Las consecuencias pecuniarias para el trabajador afectado del acceso a dicho régimen no bastan para incluir el régimen en el ámbito del principio de igualdad de retribución, en aplicación del art. 141 TCE o de la Directiva 75/117/CEE, pues se derivan de la naturaleza de la propia prestación laboral.

⁶¹ Según la sentencia, “alrededor del 90% de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública alemana son mujeres”.

ción para alcanzar los objetivos que persiguen en materia de política social y de empleo, dicho margen no puede inducir a que se vacíe de contenido un principio fundamental de derecho comunitario, como es el de igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras. Y que, además, consideraciones de índole presupuestario pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro, pero no pueden constituir por sí solas un objetivo perseguido por esta política ni, por tanto, justificar una discriminación en detrimento de uno de los sexos⁶².

Por lo demás, y en relación con la prohibición de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en las condiciones de trabajo que contiene el Derecho comunitario⁶³, el Tribunal de Justicia ha señalado que es lo suficientemente precisa para ser invocada por un particular contra el Estado miembro y que debe ser aplicada por el juez nacional para, en caso de necesidad, inaplicar cualquier disposición nacional que no sea conforme a ella⁶⁴, sin que haya de solicitar o esperar la supresión previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional⁶⁵.

Análogas consideraciones se imponen también en el caso de que se entienda que la disposición resulta contraria al Derecho comunitario en relación con la prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los regímenes profesionales de seguridad social contenida en los arts. 5 y ss. de la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que prohíbe en concreto la discriminación en las condiciones de acceso a los mismos⁶⁶ y considera contrarias al principio de igualdad de trato las disposiciones que se basen en el sexo, directa o indirectamente, para reservar prestaciones a los trabajadores de uno de los sexos⁶⁷ –como ocurrirá con la nueva prestación de jubilación parcial, si se reserva a los trabajadores a tiempo completo, que son mayoritariamente hombres– o para imponer edades diferentes de jubilación⁶⁸ –como ocurrirá con la nueva prestación de jubilación

⁶² En este sentido, véase entre otras la STJCE de 20 de marzo de 2003, asunto Helga Kutz–Bauer, C–187/2000, también sobre el régimen de trabajo a tiempo parcial por razón de la edad, pero en relación con la discriminación indirecta contenida en un convenio colectivo.

⁶³ En principio el art. 5 apartado 1 de la Directiva 76/207, pero también el art. 14.1.c) de la Directiva 2006/54.

⁶⁴ SSTJCE de 26 de febrero de 1986 –asunto 152/1984, Marshall–; 9 de febrero de 1999 –asunto C–167/1997, Seymour–Smith y Pérez–; y de 20 de marzo de 2003, asunto Helga Kutz–Bauer, cit.

⁶⁵ En particular, STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Simmenthal.

⁶⁶ Art. 5 a) de la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁷ Art. 9.1e) de la Directiva 2006/54/CE.

⁶⁸ Art. 9.1f) de la Directiva 2006/54/CE.

parcial, si se reserva a los trabajadores a tiempo completo, pues podrán acceder a la jubilación parcial a partir de los 60 o 61 años de edad mayoritariamente hombres, mientras que los trabajadores a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, habrán de esperar a los 65 años para poder jubilarse parcialmente—.

Por último, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el Derecho interno español, el contrato a tiempo parcial no puede considerarse un empleo menor o marginal, no constitutivo de medio fundamental de vida, que por su escasa entidad sería capaz de justificar una diferencia de trato para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo⁶⁹. El art. 12.1 ET define conceptualmente el contrato a tiempo parcial como aquel en el que se ha acordado una 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, por lo que pueden existir trabajadores a tiempo parcial con una jornada muy próxima a la de un trabajador a tiempo completo, y sólo ligeramente inferior a la de éste⁷⁰. Incluso mayores dudas interpretativas podrían plantearse en el supuesto de trabajadores pluriempleados que trabajaran a tiempo parcial para dos o más empresas, sumando en total una jornada igual o incluso superior a la jornada máxima legal⁷¹.

⁶⁹ En el sentido de la STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto Nolte, que considera justificada por objetivos de política social y, por tanto no discriminatoria, la medida —que consiste en la exclusión del seguro de vejez—, a pesar de que afecta a un número mayor de mujeres y, por tanto, supone una diferencia de trato.

⁷⁰ Como dice López Gandía, J., *La reforma de la jubilación en la Ley de Medidas de Seguridad Social de 2007*, RDS, nº 38, 2007, p. 222, la frontera entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial “puede ser muy tenue dada la definición del trabajo a tiempo parcial contenida en el art. 12 del ET”.

⁷¹ No está de más recordar que la prohibición del art. 3 del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, de celebrar un contrato a tiempo parcial con el desempleado que debe sustituir al trabajador que pretende acceder a la jubilación especial anticipada a los 64 años, ha sido interpretada por los tribunales no literal sino teleológicamente, entendiéndose que la norma pretende fomentar el empleo y que no se produzca reducción alguna en el nivel de empleo y, en definitiva, que el sustituto pase a realizar al menos una jornada igual a la del trabajador sustituido, de modo que si la jornada de éste era a tiempo parcial, el sustituto pueda también ser contratado a tiempo parcial. En este sentido, STS de 18 de marzo de 2002 —RJ 2002/5211—, en relación con la concesión de la jubilación especial anticipada a un trabajador pluriempleado con varios contratos a tiempo parcial, pese a la sustitución por otros trabajadores con jornada parcial. La finalidad de la jubilación parcial anticipada, con la obligatoriedad de la celebración de un contrato de relevo, es también la no amortización de la jornada dejada de realizar por el trabajador que se jubila parcialmente. Incluso la jornada que dejaría libre un trabajador a tiempo parcial que se jubilara parcialmente sería o podría ser la misma que la de un trabajador a tiempo completo, en cuanto que, como se ha apuntado, el art. 166.2d) exige que los márgenes de reducción de la jornada se entiendan referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable y no a la jornada concreta que viniese realizando el trabajador que pretende acceder a la jubilación parcial.

Por lo demás, como es lógico, el problema de la exigencia del trabajo a tiempo completo se agravaría si se entiende que el período de antigüedad en la empresa de, al menos, los 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial que exige el art. 166.2.b) LGSS, debe ser también trabajado a tiempo completo⁷².

En conclusión, parece que los órganos jurisdiccionales nacionales, en tanto el legislador español no suprima del primer párrafo del art. 166.2 la expresión “a tiempo completo” que cualifica a los trabajadores para poder acceder a la jubilación parcial anticipada, deberán inaplicar dicha exigencia, para hacer así efectivas las prohibiciones de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo tanto en las condiciones de trabajo como en los regímenes profesionales de seguridad social que contiene la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Podrán, en su caso, suspender el procedimiento y plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE o plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por la vulneración que el art. 166.2 hace del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación indirecta por sexo que se contiene en el art. 14 de la Constitución española⁷³.

⁷² Interpretación algo descabellada que apuntan como posible interpretación teleológica, aunque sin considerarla la interpretación más acertada, Barrios Baudor, G.L. y Meléndez Morillo-Velarde, L., *Ley de Medidas en materia de Seguridad Social*, cit., p. 110.

⁷³ Téngase en cuenta, como precedente, la STC 253/2004, de 22 de diciembre, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, en relación con el pár. segundo del art. 12.4 ET, en la redacción original del RD Legislativo 1/1995, de 24 marzo. Con arreglo a ese artículo, para determinar los períodos de cotización respecto de los contratos a tiempo parcial para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, se establecía el cómputo exclusivo de las horas trabajadas y su traducción a días teóricos de cotización. El Tribunal declaró la existencia de un trato desigual y desproporcionado por comparación con los trabajadores a tiempo completo, la vulneración del principio de igualdad en la Ley, discriminación indirecta por razón de sexo y la correspondiente inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado.

Mercado de Trabajo

EL PRINCIPIO DE LA CAÍDA

INFORME DE CONYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (TERCER TRIMESTRE DE 2008*)

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES
Investigador del Colegio de México

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis económica

La economía española está en caída libre, próxima a entrar en una recesión de duración indefinida. El mercado de trabajo se resiente. Y mucho, en buena parte porque afecta con especial virulencia a partes de la economía muy intensivas en mano de obra. Por primera vez en catorce años se destruye empleo en el conjunto del año y la tasa de paro aumenta en cuatro puntos porcentuales hasta situarse de nuevo a la cabeza de las economías desarrolladas. Dentro del desalentador panorama, casi catastrófico, algunos elementos para el tibio optimismo: (1) se mantienen los altos beneficios empresariales en el sector no financiero, lo cual puede atraer nuevas inversiones y demuestra la buena salud de parte del tejido productivo; (2) la destrucción de empleo se concentra en las secciones más precarias y de más baja calidad del mercado de trabajo; y (3) se reducen los diferenciales entre hombres y mujeres en cuanto a su forma cualitativa y cuantitativa de participación en el mercado de trabajo. El mercado de trabajo en Andalucía también sufre un fuerte deterioro ya que el empleo se reduce y la tasa de paro sube alcanzando un 18,33% de media.

ABSTRACT

Key Words: Crisis

The Spanish economy is facing dramatic crisis and about to come to a recession period. Labour market is also suffering the consequences. A process of destroying employment appears for the first time in 12 years and the unemployment rate grows 4 points. Spain is again the first European country in unemployment rate. There are some characteristics that must be taken into account: 1) firms profits are high in non financial companies, 2) destruction of employment is concentrate in low quality jobs, 3) the differences among labour variables for men and women are declining in the Spanish labour market. The labour market in Andalusia also suffers from this crisis: employment decline and the average unemployment rate in Andalusia is at 18,33%.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 1 de septiembre de 2008.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. EL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Se cerró el debate nominalista. Al fin. El gobierno dio su permiso para pronunciar la palabra maldita: crisis. Esfuerzo banal. Es cierto que la incertidumbre retrae el consumo que, en última instancia, es lo que mueve la economía o, con más propiedad, el Producto Interior Bruto, que es al final el espejo cóncavo del alma económica. Pero no conviene sobredimensionar la capacidad del poder, cualquiera que sea su definición, para influir en los ciudadanos. O, al menos, de hacerlo en el sentido deseado. Y es que en ocasiones los gobiernos se dejan llevar por los medios de comunicación, los críticos lo mismo que los aduladores, y creen tener más influencia sobre la economía de lo que en realidad tienen. No parece que los efectos del silencio hayan sido demasiado positivos.

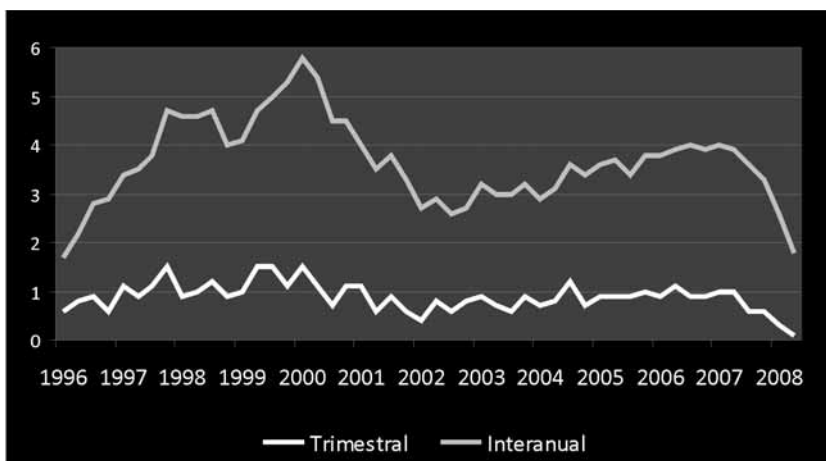
Lo más sorprendente ha sido el resultado final del mutismo. Una vez pronunciado el palabra, se ha roto el tabú de tal manera que, en versión de *remake* modernista del destape transitorio, no sólo se ha abierto la veda. Es que se ha formado un campeonato por ver quién augura o predice la crisis más catastrófica. El ministro de Economía, Pedro Solbes, aventura que es la crisis más grave que ha vivido. Y el funcionario se acerca peligrosamente a los setenta años, lo cual sólo deja como antecedente de similares características a la pasmosa crisis de 1929, que acabó en diez años de recesión y una (segunda) guerra mundial. Será más intensa que las dos crisis del petróleo de los años setenta, que en España transformaron de manera radical el modelo industrial español y no se cerraron hasta una década después con la conocida, aunque no reconocida, reconversión industrial. La oposición, en su papel, está de acuerdo en lo cuantitativo, pero en varía en las causas. Mientras que el gobierno, por boca de su presidente, sitúa la culpa en el gobierno estadounidense de George W. Bush, el partido conservador asume que los orígenes son más próximos, tanto en el tiempo como en el espacio.

Dos puntos. El primero: es cierto, hay crisis. La palabra crisis entendida como el tecnicismo que la asocia a la sucesión de dos trimestres consecutivos de reducción drástica del ritmo de crecimiento. Sí, la hay. En el último trimestre de 2007, la economía española crecía a un bondadoso ritmo del 3,3 por ciento. Un semestre después, el ritmo de crecimiento se ha desplomado al 1,8 por ciento. Desde hace más de una década, a la salida de otra recesión poco pronon-

gada no se registraban datos tan minúsculos de crecimiento. El segundo: lo peor aún está por llegar. Llegará rápido, pero intensamente. En esto el consenso es máximo entre los especialistas de la predicción. Si ninguno de ellos predijo la crisis, pongamos por caso, antes de que estallase la crisis de las hipotecas *subprime* en el verano de 2007, no existiría razón para pensar que ahora están más cargados de razón.

Pero la tendencia es clara y los indicadores externos, muy graves. El ejemplo más claro: casi el ochenta por ciento de la cifra de crecimiento interanual que se refleja en el actual marcador se debe al último semestre del pasado año. En los dos trimestres del presente año, el crecimiento ha sido del 0,4 por ciento. En el improbable caso de que se mantuviese el mismo ritmo en el conjunto del año, la economía española estaría creciendo por debajo del uno por ciento. E incluso esa cifra parece, a la luz de los acontecimientos actuales, como exagerada.

Variación trimestral (corregida la estacionalidad) e interanual de la tasa de crecimiento, 1996–2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

No obstante, existe un elemento discordante con respecto a crisis anteriores y en el que coinciden una buena parte de las grandes economías mundiales. La actual crisis no se está produciendo por el mecanismo habitual: un descenso de los beneficios empresariales que genera una incertidumbre de consumo y una

sobreproducción de la capacidad instalada. Como en Estados Unidos, en España el excedente bruto de explotación, es decir, los beneficios del capital, más las rentas mixtas brutas, es decir, los beneficios de los profesionales y autónomos, crecieron en el último año, en un 9,9 por ciento en términos nominales, que se quedarían por encima del seis por ciento en términos reales. Se observa una ligera reducción desde el once por ciento de crecimiento de finales de año, pero es una cifra muy superior a los ritmos de crecimiento observados durante el periodo de expansión, de lo cual se deduce que, al menos en principio, ésta, a diferencia de las anteriores crisis, no está sirviendo para distribuir renta desde el capital hacia el factor trabajo sino al contrario. La interpretación positiva que algunos economistas extraen de esto es que la crisis será más breve, dado que el sector no financiero de la economía aún está generando beneficios que atraerán nueva inversión, más creación de empleo y, en última instancia, una reactivación económica.

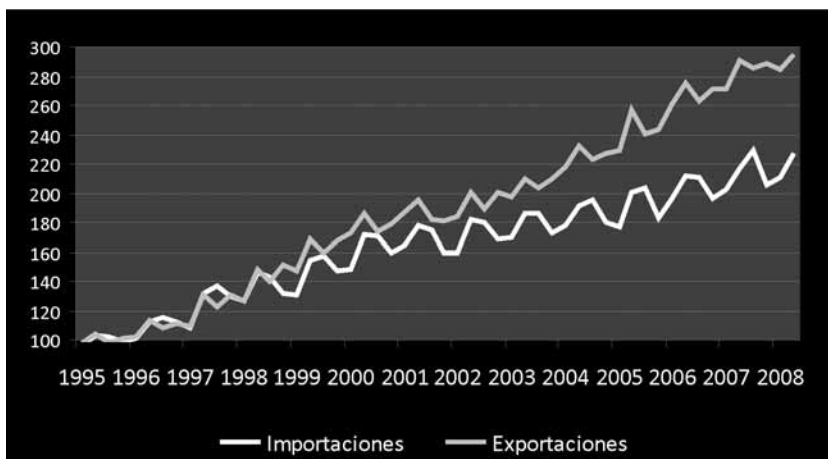
Si en el pasado, la expansión de más de una década la sostuvo la demanda interna, que no en pequeña medida era a crédito, a la crisis se llega por el aflojamiento de su anterior tirón. Hace tan sólo año y medio, la demanda interna crecía a ritmos superiores al cinco por ciento. En la actualidad llega con dificultades al 1,5 por ciento y en caída libre. Y no porque el sector público no ponga empeño, no sólo de palabra, o de no pronunciar la palabra, en evitar la caída. También por la vía de los hechos: el crecimiento del gasto de las administraciones públicas se sitúa en niveles cercanos al cuatro por ciento, ligeramente por debajo de lo que tenía por costumbre el año anterior, quizás por efecto de las elecciones generales, pero bastante por encima de la aportación media del periodo de expansión. Lo que fracasa es la demanda final de los hogares, que se sitúa en un pírrico 1,2 por ciento en el último año, una caída de más de un punto sobre el trimestre anterior y de casi de cuatro puntos sobre la velocidad de crucero que tenía hace un año.

La inversión, que se asume como el elemento crucial para aumentar la productividad laboral a medio y largo plazo, se desploma a un ritmo aún más acelerado. Hace tan sólo un año, la formación bruta de capital en bienes de equipo crecía en una senda bastante por encima del diez por ciento en términos interanuales. En el segundo trimestre de 2008, la inversión en bienes residenciales estaba dentro de la lógica de barrena en tasas de crecimiento negativas, pero es que la inversión en bienes de equipo ya estaba en un ritmo de aumento del 2,3 por ciento.

Pero la vertiente más edificante de los datos actuales de la crisis es la evolución del sector exterior. Aunque el déficit comercial continúa en niveles siderales, se reduce ligeramente, hasta tal punto que durante el último año su aportación al crecimiento económico general ha sido positiva, una circunstancia que no recordaban los más viejos del lugar. Es el efecto conjunto de una

reducción en los precios internacionales de las materias primas, en particular del petróleo y de la depresión de la demanda interna, que afecta tanto a la producción española como a la procedente de los mercados mundiales. Pero es necesario no perder de vista que la evolución positiva del último año se produce sobre la senda de un pavoroso desequilibrio externo: en los últimos diez años el valor de las importaciones españolas se triplicó mientras que las exportaciones apenas se duplicaron.

Evolución de las exportaciones e importaciones, 1995–2008 (índice 1996=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

La evolución por sectores de actividad puede resultar bastante contraintuitiva a la idea generalizada de que está es una crisis económica procedente del sector inmobiliario. Es cierto que la actividad en la construcción se contrajo en el último año en un 1,9 por ciento. Pero es aún más cierto que la mayor caída se produjo en la industria manufacturera, donde la reducción interanual alcanzó la cifra del 2,8 por ciento. La senda de declive es más notable cuando se contrasta con la situación que se reflejaba a principios de 2007: un crecimiento prácticamente igual de ambas ramas de actividad. En estas circunstancias, el sector servicios es el que permanece como el escudero único del crecimiento económico español, con un crecimiento interanual de casi el cuatro por ciento, que es bastante superior en el sector de servicios no de mercado, que propor-

ciona abrumadoramente el sector público, cuya dinámica no está regida por el ciclo económico. La inusual expansión en el mínimo sector primario queda alrededor de la media española y ello en un periodo de fuerte expansión de los precios de algunos de los productos del sector primario.

La evolución de la productividad laboral tiende a seguir patrones habituales en las crisis, pero con notables diferencias por sectores de actividad. En conjunto, el crecimiento de la productividad se ha duplicado en el último año, lo cual es coherente con anteriores crisis, que registraron crecimientos de la productividad media por la mera salida del mercado laboral de algunos de los ocupados menos productivos. Tampoco es para lanzar cohetes ni vislumbrar el nacimiento de un nuevo modelo productivo de inmediato: ésta pasó del 0,7 por ciento en 2007 al 1,4 en el segundo trimestre de 2008. Disminuyó la productividad media en el sector industrial, no obstante, mientras que en la construcción se elevó de manera notable. El mayor crecimiento de la productividad se produjo, no obstante, en el sector de servicios de no mercado, lo cual puede tener una explicación lógica en los aumentos retributivos del sector público. En un sector donde no existe beneficio, cualquier crecimiento salarial se traslada, sin solución de continuidad a la productividad, que no es sino la suma matemática del salario recibido por el trabajador y los beneficios obtenidos por el capital con su rendimiento. El coste laboral unitario, mientras tanto, afloja su crecimiento hasta el 3,6 por ciento en términos nominales, en el entorno de la inflación y ligeramente por debajo del deflactor del Producto Interior Bruto.

Con estos niveles de crecimiento económico, España casi se sitúa tras muchos años de despegue, recorte y acercamiento por debajo de la media de la Unión Europea. El 1,8 por ciento español ya está a sólo un punto de la media comunitaria, aunque cuatro décimas por encima de lo observado en los antiguos países miembros. Y es que el crecimiento ya sólo aguanta en el Este, con la excepción de las repúblicas bálticas y Hungría, y en los Países Bajos, que resiste con una tasa de crecimiento del 3,3 por ciento. Por orden de éxito, el crecimiento económico corona las economías de Rumanía (9,3 por ciento), Eslovaquia (7,6 por ciento), Bulgaria (7,1 por ciento), Polonia (6,1 por ciento), Eslovenia (5,1 por ciento) y la República Checa (4,6 por ciento). Mientras tanto, las grandes economías del mundo se dejan a girones el crecimiento económico en el pasado más o menos remoto. En el Reino Unido, la evolución del último trimestre fue nula y su tasa de crecimiento se evapora en un año hasta el 1,5 por ciento interanual. Alemania abortó su despegue con un descenso trimestral del Producto Interior Bruto del 0,5 por ciento, lo que deja la cifra anual pegada a la española: 1,7 por ciento. Francia también registró cotas negativas en el último trimestre para acabar el año en un 1,1 por ciento. Italia fue más allá y alcanzó un crecimiento negativo en términos interanuales: menos 0,1 por ciento. El tigre celta, Irlanda, por su parte, es el primer país en

entrar oficialmente en recesión: dos trimestres consecutivos de crecimiento negativo. Fuera de la Unión Europea, Japón también registró números rojos en el último trimestre para una evolución anual del 0,8 por ciento y Estados Unidos, con su crisis financiera incluida, aún se sitúa en niveles por encima del dos por ciento de crecimiento interanual.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

El número de individuos disponibles en el mercado de trabajo no dejó de crecer durante el tercer trimestre de 2008 pese a los malos augurios económicos. Ciento treinta y ocho mil personas se pusieron en disposición de trabajar, la inmensa mayoría pasando directamente a engrosar las filas del desempleo, durante esos tres meses. Es probable que esa cifra tenga que ver con el crecimiento habitual y tradicional de la disponibilidad para el trabajo durante ese periodo, que abarca los meses estivales donde existen mayores oportunidades para el empleo. Sin ir más lejos, el pasado año, el incremento de la población activa en el tercer trimestre fue un veinticinco por ciento mayor: de ciento setenta y cinco mil personas. En conjunto, y aunque se reduce el ritmo de crecimiento, existe un aumento considerable de la participación laboral durante el último año. Casi seiscientos cincuenta mil personas se incorporaron al mercado de trabajo en ese periodo. Del total, dos terceras partes fueron mujeres.

Noventa mil de los nuevos activos eran españoles y casi cuarenta mil extranjeros, lo cual, en principio, implica que el grueso de los nuevos activos eran españoles que, lejos desalentarse con la moneda corriente de las noticias de la crisis, se anima a buscar trabajo. Esta circunstancia es coherente con la estructura de edad y sexo de la nueva actividad en España, también refleja en este mismo periodo en años anteriores pero agudiza por las estrecheces de la crisis. La actividad aumentó con cierta consistencia sólo entre dos grupos de edad: entre los menores de veinticinco años y entre las mujeres de entre treinta y cinco y cuarenta años. Los primeros salen al mercado de trabajo a la búsqueda de un empleo estival con el que compaginar sus estudios o sencillamente abandonan sus estudios a una edad temprana de manera definitiva o casi definitiva. Son los hombres la inmensa mayoría de los jóvenes que se incorporan al mercado laboral: el sesenta por ciento de los más de ciento veinticinco mil jóvenes que trataron de acceder al mundo del empleo remunerado eran varones.

Esta variación resulta coherente con otras dos variables del mercado de trabajo en lo que respecta a los jóvenes: por una parte, que son los hombres los que con más frecuencia compaginan estudios y trabajo durante su etapa universitaria, que es la que correspondería sobre todo con la franja de edad y, por otra, que la tasa de abandono escolar para incorporarse al mercado de trabajo es muy

superior entre los hombres. El grupo de mujeres de entre treintaicinco y cuarenta años, que aporta veinticinco mil nuevos activos durante el trimestre, es también notable en su contribución al crecimiento de la tasa de actividad ya que, salvo en esos dos segmentos demográficos, los crecimientos de la actividad son negativos o casi nulos. El caso de las mujeres adultas tiene su origen en factores distintos de los de los jóvenes. Para ellas no es su primera participación en el mercado de trabajo sino que supone una reincorporación bien provocada por las nuevas circunstancias de la crisis, que obligan a encontrar nuevas fuentes de rentas a familias que hasta ahora no tenían esa obligación, o bien, y con más frecuencia, por una reentrada en el mercado laboral tras un periodo más o menos prolongado dedicado a la crianza de los niños.

En conjunto, la tasa de actividad tuvo un comportamiento atípico con respecto al pasado más reciente. La tasa de actividad en su conjunto aumentó para los españoles, aunque a menor velocidad, en lo que supone una continuación histórica del ciclo de expansión económica que se desarrolló durante toda la década pasada. Lo que resulta novedoso es el descenso de la tasa de actividad entre los extranjeros, que disminuyó en casi cuatro décimas hasta situarse en el 76,36 por ciento. En todo caso, su tasa de actividad está a una distancia considerable, por razones de la estructura demográfica de la de los españoles, que se colocó en el último trimestre en el 57,67 por ciento.

La tasa de actividad entre los hombres tuvo un comportamiento similar para españoles y para extranjeros. Aumentó en el grupo de menor edad, en parte presionado por las aperturas económicas familiares y sobre todo por las oportunidades de empleo propias de la temporada estival. Del mismo modo, para los grupos de edad intermedia, la tasa de actividad disminuyó tanto para españoles como para extranjeros, pero con más intensidad para estos últimos del mismo modo que fue menor el crecimiento de la actividad entre los jóvenes. Esta circunstancia es nueva tanto para españoles como para extranjeros, reflejando que las escasas oportunidades de encontrar empleo que se vislumbran por la crisis se reparten casi equitativamente.

Pero el abandono del mercado de trabajo es mayor entre los extranjeros, lo cual tiene una explicación doble. Por una parte, la premisa de las superiores tasas de participación de partida de los extranjeros hace que cualquier movimiento en los patrones de la población activa se vea reflejado con mayor contundencia relativa entre los extranjeros. Por otra parte, y éste es un comportamiento que nunca se había observado en el mercado de trabajo español para la previa falta de extranjeros durante los periodos de crisis, el efecto desánimo por el que las personas deciden dejar de buscar empleo por las escasas posibilidades de encontrarlo que se presentan parece afectar con una superior intensidad a los extranjeros, menos acostumbrados a los vaivenes del mercado de trabajo español que los nativos. La tasa de actividad entre los extranjeros de

entre veinticinco y treinta años, por ejemplo, disminuyó en casi un punto porcentual, pasando del noventa y cinco por ciento al 93,9 por ciento en tan sólo un trimestre.

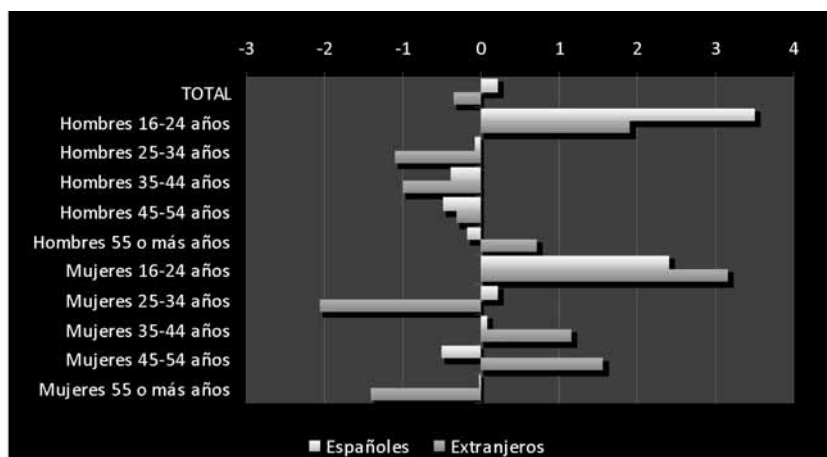
El único elemento de discordancia entre los hombres en cuanto a las oscilaciones en la tasa de actividad y en razón de su nacionalidad se refleja en el tramo de mayor edad. Se reduce la tasa de actividad de los españoles, lo cual representa una novedad en un entorno en el que la bonanza económica había permitido alargar las carreras laborales hasta muy recientemente. Por el contrario, aumenta ligeramente la participación, o el intento al menos, de los extranjeros de más edad en el mercado de trabajo. La tasa de actividad de los primeros, no obstante, continúa siendo notoriamente inferior y se alargan las distancias en buena medida porque los extranjeros por su participación más reciente en el mercado de trabajo español no tienen el recurso posible de la jubilación remunerada y porque su estructura de edad está menos avejentada. Es menor al treinta por ciento entre los españoles frente a niveles superiores al cuarenta por ciento para los extranjeros.

Entre las mujeres, sin embargo, las tasas de participación en la población activa se movieron de manera más errática según se tratase de españolas o extranjeras. La fuerte expansión de la actividad fue común para el tramo de menor edad, asumiendo que la tasa de actividad es diez puntos porcentuales superior entre los extranjeros que entre los nacionales, tanto entre hombres como mujeres. Pero, frente a lo que ocurría con los hombres, donde los extranjeros se mostraron más cautos a nuevas incorporaciones al mercado laboral, entre las mujeres la tasa de actividad de las extranjeras aumentó con mayor intensidad en el tercer trimestre de 2008. Sin embargo, la tasa de actividad de las extranjeras, a diferencia del ligero crecimiento de las españolas, se desplomó en el grupo de edad de entre veinticinco y treinta y cuatro años, hasta reducirse al lo cual viene a reflejar dos elementos que pueden estar concatenados. Por una parte se sitúa el efecto desánimo propio de la crisis que parece afectar con mayor intensidad a los extranjeros con independencia del sexo. Como complemento, es el grupo de edad donde mayor natalidad se produce, lo cual puede estar reflejando que para las extranjeras el embarazo y el posterior cuidado de los niños tiende a reflejarse con mayor intensidad en un abandono temporal o permanente del mercado de trabajo.

Sin embargo, a partir de los treinta y cinco años, el patrón de comportamiento de españolas y extranjeras fue el opuesto. Mientras se redujo la participación laboral de las españolas, se disparó entre las extranjeras con un aumento de más de un punto porcentual en tan sólo un trimestre, lo cual puede estar reflejando de nuevo un comportamiento distinto con respecto a la maternidad y sus efectos sobre el mercado de trabajo. Una vez que los niños han pasado por las etapas más tiernas, las extranjeras tienden a incorporarse con mayor inten-

sidad al mercado de trabajo, en particular en momento en los que la crisis hace más indispensable su presencia laboral para redondear una renta familiar razonable. De hecho, la tasa de actividad de las españolas es mayor que la de las extranjeras hasta los treinta y cinco años, en particular por la escasa inserción laboral de las mujeres de origen africano. Pero a partir de los treinta años, se produce el *sorpasso* y son las extranjeras las que muestran mayores tasas de actividad para cualquier grupo de edad.

Variación de las tasas de actividad en el tercer trimestre de 2008 en razón de sexo, grupo de edad y nacionalidad



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

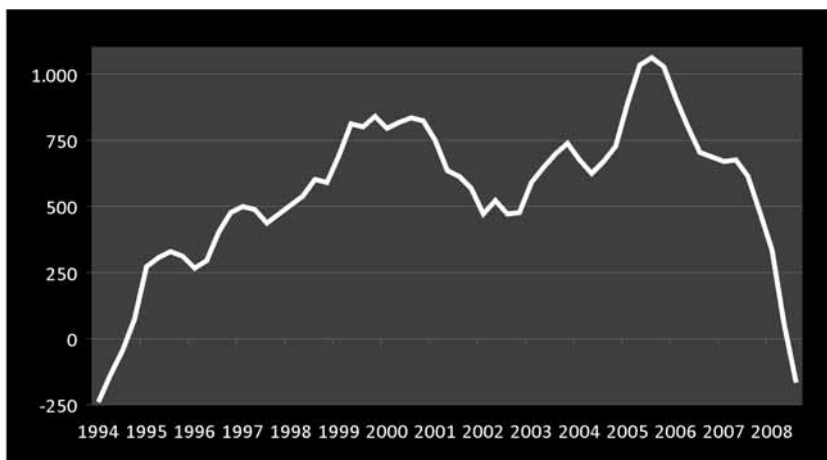
3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El número de personas con empleo en España se mantuvo durante el tercer trimestre de 2008 holgadamente por encima de los veinte millones, pese a registrar una notable reducción. La pérdida neta de empleo fue de casi ochenta mil, una circunstancia desconocida en la historia democrática de las relaciones laborales en España. No es la primera vez que un tercer trimestre, tradicionalmente bueno para el empleo para la temporada veraniega con su fuerte creación de empleo coyuntural, presenta cifras negativas o números rojos en el epígrafe de la creación de empleo. Ha sucedido antes, en cuatro ocasiones: durante la

segunda crisis del petróleo, en 1978 y en 1980, y también por partida doble en la crisis post-olímpica, en 1992 y en 1993. Pero el número de empleos perdidos en ese entonces, donde la profundidad de la recesión en términos de velocidad económica era mucho más severa, la destrucción de empleo en el trimestre no alcanzó siquiera las veinticinco mil personas.

Lo que es aún más significativo es que, por primera vez desde hace catorce años, se destruyó empleo para el conjunto del año. A finales de 2008 existían ciento sesenta y cinco mil personas con empleo menos que hace exactamente un año. Más que la cuantía, en sí importante, lo que impresiona es el ritmo incesantemente acelerado al que la economía española está perdiendo capacidad para generar empleo y convirtiéndose en destructiva para el empleo capital del crecimiento anterior. Hace tan sólo un año, el ritmo de creación de empleo era de tres cuartos de millón de nuevos empleos al año y hace tan sólo tres años, cada cambio de calendario conllevaba la generación neta de un millón de empleos. Todo eso ha desaparecido en cuestión de cuatro trimestres, los cuatro últimos. Al igual que nunca antes del periclitado periodo de expansión se habían registrado tamaños crecimientos de empleo, nunca antes se había constatado tal velocidad a la hora de pasar de cifras venturosas a números rojos en la generación de empleo.

Variación interanual de la ocupación, 1994–2008 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Con estos datos, disminuye por primera vez en más de una década la tasa de ocupación, medida exclusivamente a la Eurostat para la población de entre dieciséis y sesenta y cuatro años, pasó en ese intervalo del 66,95 al 65,45 por ciento, es decir, un desplome de casi un punto y medio hasta situarse, de nuevo, casi por debajo de los objetivos fijados por la ya obsoleta europeísta agenda de Lisboa.

La destrucción neta durante el trimestre afectó exclusivamente a los hombres, entre quienes la reducción fue de más de cien mil empleos perdidos. En el conjunto del año, la sangría de empleo alcanzó entre los hombres las trescientas treinta mil personas, lo cual implica una disminución en el número de ocupados del 2,75 por ciento. Frente al negro panorama para los hombres, la situación es más bonancible para las mujeres, entre quienes momentáneamente se mantiene la creación neta de empleo, aunque a ritmos muchísimo menores de los cosechados hasta ahora. Veinte mil mujeres más encontraron empleo durante el tercer trimestre de 2008 hasta alcanzar las cuatrocientas veinte mil a lo largo del año. El crecimiento relativo del empleo entre ellas a lo largo del año se acerca al dos por ciento. La tasa de ocupación se acerca a mínimos históricos, lo cual es mucho decir cuando las separan casi veinte puntos porcentuales: 74,7 por ciento para ellos y cincuenta y seis por ciento para ellas.

Como demuestra el género de los trabajadores, el mercado laboral no se mueve para todos por igual. La misma caída en el empleo entre los españoles, que fue de casi el tres por ciento a lo largo del año, se transforma en una ganancia del cuatro por ciento en el empleo entre los extranjeros. El diferencial dinámico, que no hace sino profundizar una vieja tendencia, se transforma en que uno de cada seis empleos en España lo ostenta un extranjero: el 14,5 por ciento de la población ocupada. Pero incluso entre los extranjeros, su comportamiento es muy desigual. Los habitantes de la Unión Europea tienden a comportarse como los nativos y su nivel de ocupación apenas crece. Mientras tanto, los europeos no procedentes de la Unión así como los latinoamericanos registran tasas de crecimiento en su ocupación superiores al cinco por ciento.

La evolución del empleo por edades es casi inversamente proporcional al grupo de edad considerado. A lo largo del año, el empleo se ha desplomado entre los más jóvenes, producto de cohortes poblacionales menos numerosas lo mismo que de mayores dificultades en el ingreso al empleo remunerado, ya sea porque se retrasa su incorporación a la vista de la falta de perspectivas laborales o porque han tenido que salir del mismo hacia el desempleo. Entre el grupo de mediana edad apenas se registran variaciones en el empleo, mientras que son los segmentos de mayor edad quienes registran mayores crecimientos en la ocupación, producto tanto de su mejor anclaje en el mundo laboral como del envejecimiento de las cohortes poblacionales más numerosas. Con esta perspectiva de edad, es natural que los solteros, más numerosos entre la juventud,

afronten peores perspectivas de empleo ante la crisis que quienes conviven unidos por el vínculo del matrimonio.

La crisis del empleo, con excepciones, parece ser más favorable a los individuos con mejores credenciales ante el mercado de trabajo. El empleo disminuye en un seis por ciento entre los individuos con educación primaria, mientras que se muestra benévolo para tramos educativos más largos al registrar crecimientos en el entorno del uno por ciento tanto para quienes cuentan con educación secundaria como para los que iniciaron o terminaron la educación superior. No obstante, esta mejora de las perspectivas de empleo de los individuos con mejores credenciales educativas no implica *per se* una mejor calidad en el empleo ocupado. La ocupación cae con mayor intensidad, en un 1,1 por ciento, en los empleos cualificados, que entre los trabajos que no requieren cualificación, donde la disminución del empleo es menos acusada: del 0,4 por ciento. Pero incluso entre estos últimos, las diferencias son flagrantes: se produce un incremento del empleo del cuatro por ciento entre los trabajadores de servicios de restauración, personales, protección y vendedores de comercio.

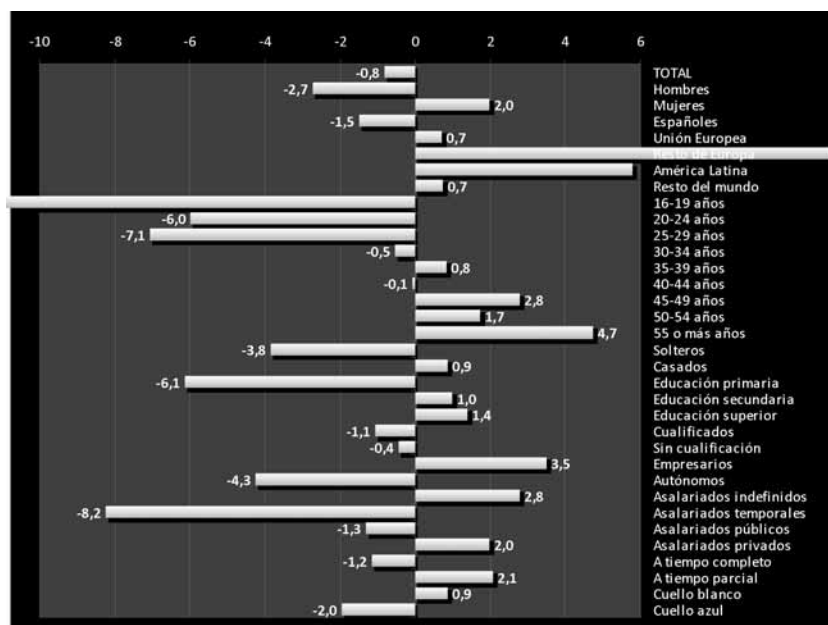
Al mismo tiempo que aumenta el número de empleadores en España a un ritmo del 3,5 por ciento interanual, hasta alcanzar un total de casi un millón doscientos mil empresarios, disminuye el número de autónomos y profesionales en un cuatro por ciento, efecto sin duda de la profunda destrucción de empleo en el sector de la construcción o inmobiliario, donde ambas formas de empleo eran abundantes. De hecho, la caída neta del empleo fue de cien mil entre los empresarios sin asalariados, casi la misma cuantía que entre los asalariados. Entre estos últimos, la principal diferencia es que se destruye empleo asalariado en el sector privado mientras que aumenta en el sector público hasta en un dos por ciento, lo cual actúa en cierta medida como un muro menor de contención de sesenta mil empleos nuevos frente a la caída generalizada del empleo.

Fruto de esta divergencia entre la más proclividad del sector público al empleo indefinido y la temprana salida del mercado de trabajo en tiempos de crisis de los contratados temporales, es que la disminución general del empleo asalariado no afecta al empleo indefinido. En el último año se elevó en un 3,5 por ciento el número de trabajadores asalariados con contrato indefinido, mientras que se acababan sin solución de continuidad un ocho por ciento de los contratos temporales. La suma de esta evolución divergente es que la tasa de temporalidad registra mínimos históricos por debajo del treinta por ciento, del 29,5 por ciento, en concreto.

Otros conceptos habitualmente asociados con la calidad en el empleo registran evoluciones distintas. Por una parte, el empleo de cuello blanco en casi un uno por ciento a lo largo del último año se produjo al tiempo que se destruía empleo de cuello azul, de nuevo un efecto flagrante de la negativa evolución de

la construcción. En el apartado de los trabajadores de cuello blanco, no obstante, toda la destrucción de empleo se debe a la caída del empleo en los escalafones que requieren menor cualificación, ya que se registra un aumento de la ocupación entre los profesionales y técnicos. Por otra parte, si la calidad del empleo se asocia a un empleo a tiempo completo, que es el que desean masivamente los trabajadores en España, tal objetivo va alejándose paulatinamente. En el último año, los niveles de empleo a tiempo completo registraron un retroceso del 1,2 por ciento al tiempo que se eleva la contratación a tiempo parcial hasta en un dos por ciento.

Variación relativa de la ocupación por grupos sociodemográficos, tercer trimestre de 2008



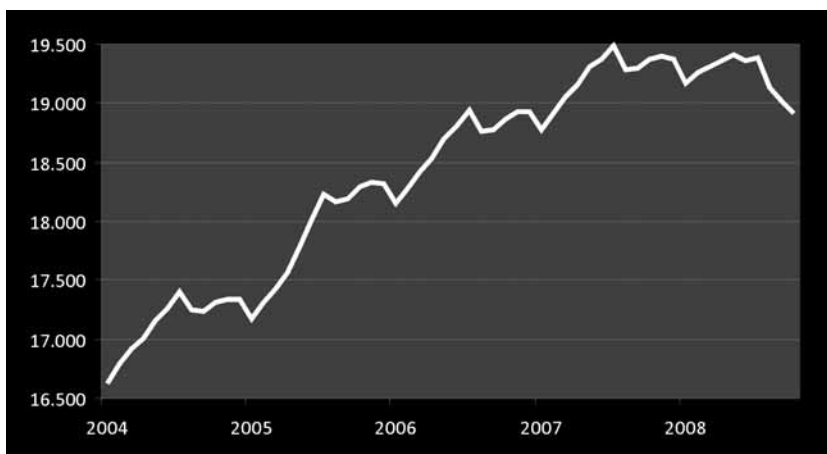
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Todos los sectores de actividad destruyeron empleo durante el tercer trimestre de 2008 salvo los servicios, lo cual es coherente con el hecho de que al menos la temporada estival sigue generando un buen número de empleos de corta duración. E incluso de larga duración: el empleo en el sector servicios

aumentó casi en un dos por ciento a lo largo del último. Más duro es la situación de la construcción, donde sólo en un año se ha perdido uno de cada siete empleos, trescientos cincuenta mil desaparecidos. Y en el último trimestre la caída empeoró: el cinco por ciento de recorte de empleo. La industria, mientras tanto, mantuvo el tipo: la reducción del 1,5 por ciento en el nivel de empleo durante el último trimestre no es incompatible con una disminución en el conjunto del año por debajo del uno por ciento. Apenas treinta mil empleos netos se han perdido en el sector para un global que aún se mantiene por encima de los tres millones.

Los datos de afiliación a la Seguridad Social presentan un panorama igualmente sombrío. En el conjunto del año hasta octubre se habían perdido casi medio millón de empleos, lo cual representa un descenso del 3,2 por ciento en las afiliaciones. Pero lo más peligroso de esta senda es que tal descenso no ha sido uniforme a lo largo del año sino que se ha concentrado exclusivamente en los últimos tres meses, lo cual aventura un deterioro más acuciante de las cuentas del sistema de la Seguridad Social. Este derrotero contrasta con el aumento de la afiliación de casi un millón de personas en 2005 e incrementos por encima del medio millón de personas en los años siguientes. Los mayores descensos se registraron en el sector de la construcción, con una pérdida de más de cuarenta mil afiliados; en el apartado de actividades inmobiliarias y servicios empresariales, donde la caída fue de treinta y siete mil; en el epígrafe de actividades sanitarias y servicios sociales, con treinta y cuatro mil afiliados menos; y en la hostelería, donde cayó la afiliación en casi treinta mil personas.

Evolución de la afiliación a la Seguridad Social, 2004–2008 (miles)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

4. EL DESEMPLEO

La sola suma de un crecimiento de la actividad producto de una mayor participación de la población en el mercado de trabajo y un descenso de la capacidad de la economía para generar empleo resulta en un incremento del desempleo. Tal es el caso de lo que viene ocurriendo con particular intensidad en el último año. En concreto, en el último trimestre de 2008, el número de desempleados en España creció en un nueve por ciento. Doscientas veinte mil personas se unieron a las filas de quienes buscan empleo sin encontrarlo en un solo trimestre. La suma del año es desalentador: un crecimiento del cuarenta y cinco por ciento en el número de desempleados, más de ochocientas mil personas que se encuentran en situación de demandantes de empleo sin conseguir satisfacer su necesidad. En ese contexto, la tasa de desempleo creció en casi un punto porcentual durante el último trimestre hasta el 11,3 por ciento, muy alejadas de las cifras de tan sólo un año antes, cercanas al 8 por ciento.

El crecimiento del desempleo lo mismo durante el último año que en el último trimestre afectó con particular intensidad a los hombres, muy por encima del incremento del paro entre las mujeres. El setenta por ciento de los nuevos parados que se han generado a lo largo del año fueron varones, una cantidad que se redujo ligeramente en el último trimestre aun conservando la mayoría. La tasa de paro de ambos géneros se acerca paulatinamente. El incremento de cuatro puntos porcentuales de la tasa de desempleo de los hombres la eleva hasta el 10,3 por ciento de la población activa, todavía dos puntos porcentuales por debajo de la tasa de paro femenina, que aún aumento precisamente en esa misma cantidad.

El desempleo afecta con mayor intensidad a los extranjeros que a los españoles, en buena medida porque, aunque encuentren empleo con mayor asiduidad, el flujo de incorporación al mercado de trabajo es tan alto que no permite que la asimilación de todos. La tasa de desempleo de los extranjeros es del 17,5 por ciento, siete puntos porcentuales superior a la que registran los españoles y cinco puntos por encima de la que registraban hace tan sólo un año.

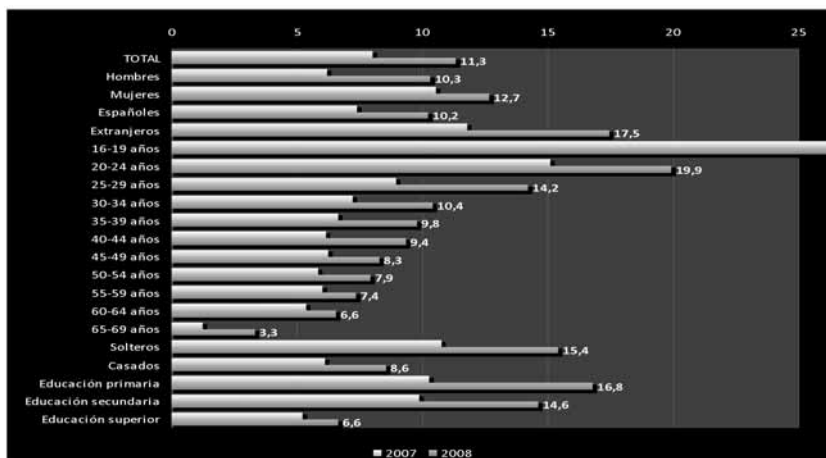
Pero no es el único grupo relativamente perjudicado por la segmentación del desempleo. El paro juvenil ha vuelto a recuperar su característica de problema de gravedad en tan sólo un año. Aunque las tasas de participación sean bajas, la tasa de paro entre los menores de veinte años ya se acerca peligrosamente al cuarenta por ciento y ronda la mitad de esa cifra para los jóvenes de entre veinte y veinticinco años. A partir de ese segmento poblacional, se aminora la velocidad de la ley de hierro del desempleo en el mundo: cuando se avanza en los tramos de edad, disminuye la tasa de desempleo. Entre los treintañeros la tasa de paro está en el entorno del diez por ciento y para los cuarentañeros su correspondiente cifra disminuye en dos puntos porcentuales. Para aquellos que se acerca a la edad legal de jubilación la tasa de desempleo apenas

llega al seis por ciento, lo cual es a un tiempo responsabilidad de la estabilidad en el empleo de los más mayores y también por las medidas de prejubilación que sigue funcionando con intensidad en España.

Pese al notorio aumento de la tasa de desempleo juvenil, el grueso del paro se ha cebado en los niveles intermedios de edad. No sólo porque constituyan el grupo más mayoritario del mercado de trabajo sino porque entre ellos ha sido más intenso el crecimiento relativo del paro. El número de parados de entre veinticinco y cincuenta y cuatro años se elevó en un cincuenta por ciento en tan sólo un año, lo que en cifras absolutas supone seiscientos mil parados más. En los extremos, el crecimiento del número de parados se sitúa entre el treinta y el cuarenta por ciento. No obstante, la diferencia por géneros es grandiosa. Mientras que entre las mujeres de edades medianas, el crecimiento del paro a lo largo del último año fue de apenas el treinta por ciento, entre los varones de la misma edad, la afectación del desempleo se elevó en un ochenta por ciento.

La diferencia de edades medias entre solteros y casados es lo que explica la enorme diferencia entre estos dos grupos a los que tan sólo diferencia el vínculo matrimonial en su nivel de paro. Para los primeros, la tasa de desempleo alcanza el quince por ciento, la mitad de la que registran los casados. Y, por último, la educación juega un papel estelar a la hora de reducir la tasa de desempleo: la tasa de seis por ciento que muestran quienes cuentan con educación superior, que se reduce al dos por ciento para los que suman el nivel de doctorado, la triplican quienes no han llegado a la educación secundaria.

**Tasa de desempleo por grupos sociodemográficos,
tercer trimestre de 2007 y 2008**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Por sectores de actividad, el paro más que se ha duplicado a lo largo del último año. De apenas doscientos mil parados en el tercer trimestre de 2007 se ha pasado a acercarse a los quinientos mil, con lo que se da la paradoja que la construcción es origen de casi el doble de parados que la industria, que tiene mayor nivel de población ocupada, y tiene un nivel de desempleados la mitad que los servicios pese a que sólo ocupa a una sexta parte de aquel. En el sector servicios es donde se registran menores crecimientos del desempleo, que son del treinta y tres por ciento a lo largo del año.

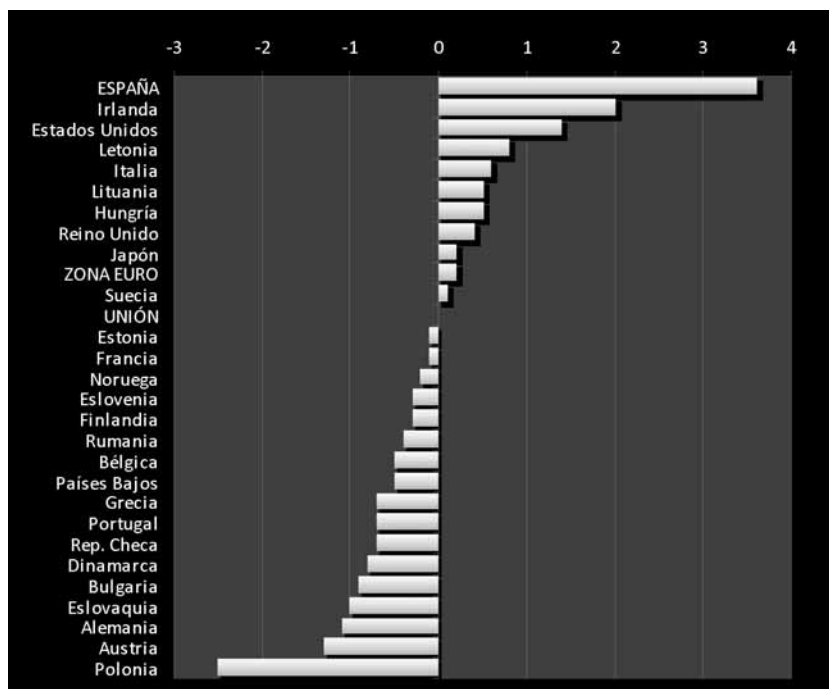
Dos apartados de las estadísticas del desempleo tienen una lectura relacionada con la situación de crisis actual. El desempleo de larga duración, es decir, el de aquellos que llevan más de un año buscando un empleo sin encontrarlo, se situó en el último trimestre por encima de las seiscientas mil personas, con un crecimiento del treinta y tres por ciento con respecto al mismo periodo del año anterior. No obstante, en términos relativos, el paro de larga duración está en mínimo históricos: abarca el 23,5 por ciento del total de desempleados. Esta circunstancia puede indicar a un tiempo dos causas, que pueden no ser contradictorios. Que una parte de los desempleados más antiguos pase al mundo de la inactividad por desánimo sobre la posibilidad de encontrar un empleo y que existe una mayor circulación de persona en el ámbito del desempleo, en buena medida provocado por la longevidad de las prestaciones públicas. Al mismo acicate de la crisis puede achacarse el escaso crecimiento del número de parados que buscan su primer empleo. El aumento en casi cincuenta mil personas está muy por debajo del registrado entre quienes perdieron su empleo recientemente, lo cual es señal sin paliativos que el mercado de trabajo es incapaz de enviar señales positivas a quienes pueden acercarse al empleo remunerado sin experiencia reciente en ese ámbito.

La evolución del desempleo en España es mucho peor que la registrada en el resto de países desarrollados. El crecimiento de casi cuatro puntos en la tasa de desempleo es desconocido en la Unión Europea, donde ésta se mantuvo estable durante el último año. Incluso los pocos países que registraron variaciones positivas de su tasa de desempleo lo hicieron en niveles inferiores al uno por ciento. Lo más cercano en el panorama internacional a España en cuanto a rebote de la tasa de paro es Irlanda, que aún no llega al siete por ciento en su tasa de paro, y Estados Unidos, donde creció en 1,4 puntos porcentuales hasta situarse en el seis por ciento, la mitad que en España.

Con esta fatal evolución, España vuelve a recuperar la delantera en tasas de desempleo en el mundo desarrollado, un lugar que perdió momentáneamente a manos de Polonia y, en los mejores tiempos, le permitió acercarse a la media europea. Frente a la evolución española, Polonia redujo su tasa de desempleo en dos puntos y medio a lo largo del último año hasta situarla en el 6,5 por ciento, bien por debajo de la media comunitaria del siete por ciento. No son

extrañas en este momento las tasas de desempleo en lo que técnicamente se consideraría el pleno empleo: Noruega (2,4 por ciento), Países Bajos (2,5 por ciento), Dinamarca, que aún y con su recesión consigue reducir la tasa de paro (2,9 por ciento) y Austria (3,2 por ciento).

Variación de la tasa de desempleo (ajustada según la estacionalidad) entre septiembre de 2007 y septiembre de 2008 (en puntos porcentuales)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat.

El desempleo juvenil en España, que afecta a uno de cada cuatro jóvenes de la población activa, supone una tasa de paro diez puntos por encima de la medida europea y sólo cercana al veinte por ciento que se registra en Francia. En todo caso, lo que se ha ajustado es el diferencial de tasa de paro con respecto a la Unión Europea dependiendo del género. Tanto en hombres como en mujeres, la tasa de paro en España está cinco puntos porcentuales por encima de la que se registra en la Unión Europea.

5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

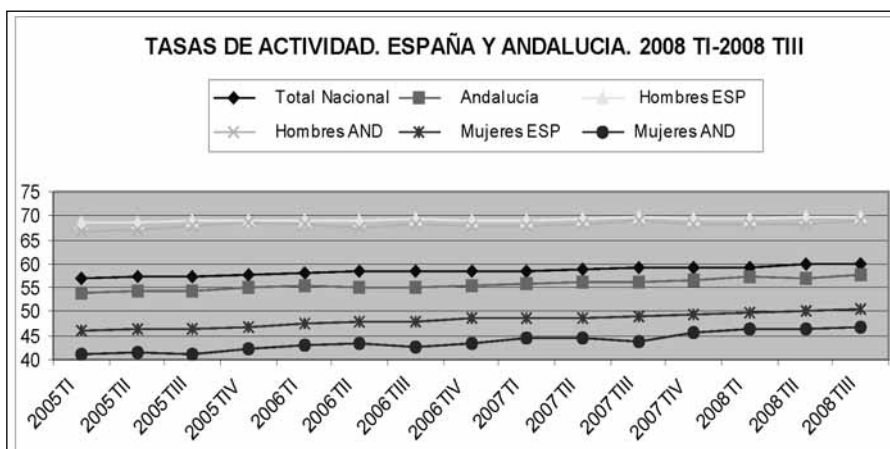
La situación económica descrita para la economía española determina el marco general de la evolución de la economía andaluza en el tercer trimestre de 2008, y, por consiguiente, los malos resultados que se han puesto de manifiesto para las variables laborales nacionales se repiten, aunque con rasgos particulares, a nivel autonómico. La caída de la actividad económica, que empezó a dibujarse en la segunda mitad del año 2007, se ha acentuado en lo que llevamos de 2008 y ha mostrado su peor rostro, hasta la fecha, en este tercer trimestre. A modo de ejemplo dos datos referidos a la economía andaluza, por un lado, la ocupación ha caído este trimestre en 40.400 personas y en 88.400 respecto al mismo trimestre del año pasado, por otro lado el paro ha aumentado en 86.600 personas respecto al trimestre anterior y en 240.400 respecto al mismo trimestre del año pasado. La caída del empleo y el aumento del paro pueden servir para caracterizar la situación del mercado de trabajo en Andalucía que se ha deteriorado de forma muy significativa en los últimos trimestres. Existe casi unanimidad entre la mayoría de los centros de análisis económicos mundiales y españoles señalando que la situación económica empeorará en los próximos trimestres por lo que no se espera una mejoría en la ocupación o del desempleo en los próximos trimestres y además, las previsiones sobre la posible recuperación se van alejando en el tiempo. Como se sabe, la evolución del mercado de trabajo es un reflejo indicador del desenvolvimiento del conjunto de la economía por lo que hasta que no se reactive el sistema económico no mejorarán las variables laborales.

En este contexto económico tan delicado, vamos a pasar a continuación a exponer, de forma más detenida, lo ocurrido en la oferta y la demanda de trabajo en este tercer trimestre de 2008 a partir de los datos disponibles de la Encuesta de Población Activa realizada por el INE y que el Instituto de Estadística de Andalucía explota con más detalle para los datos regionales.

En lo que respecta a la oferta de trabajo, continúa la tendencia al aumento de los efectivos laborales disponibles que se viene experimentando de forma tendencial desde hace ya más de una década. En este tercer trimestre del año 2008 el total de activos en Andalucía se ha situado en 3.844.600 personas, lo que supone un aumento de 46.100 personas respecto al trimestre anterior. Este aumento ha sido muy equilibrado entre hombres (20.800) y mujeres (25.400), pero no entre trabajadores de nacionalidad española (43.100) y extranjera (3.100). Si comparamos con el tercer trimestre de 2007 observamos que el aumento de la población activa ha sido de 115.100 personas (lo que significa una tasa de variación interanual del 7.85%), la gran mayoría de las cuales han sido mujeres (115.100) y básicamente de nacionalidad española (134.700).

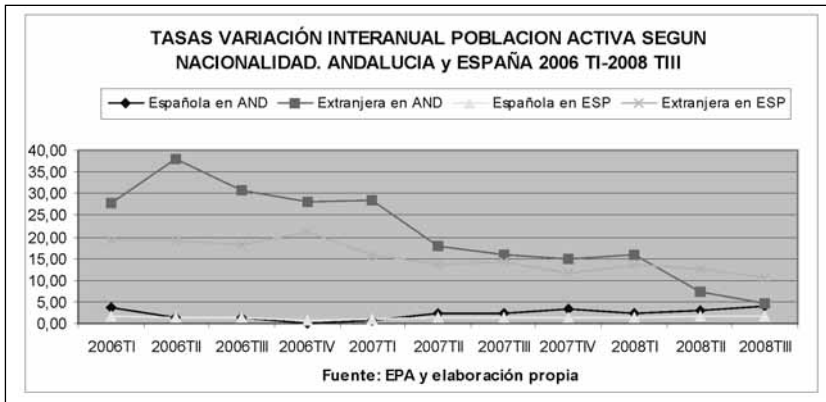
Como consecuencia de esta aumento de la oferta de trabajo, las tasas de actividad en Andalucía han aumentado tanto la media regional, que se ha

situado en el 57.62% (ganando medio punto este trimestre y 1,46 puntos en los últimos cuatro trimestres) como las tasas de actividad masculina y femenina, de la población andaluza que ha alcanzado el 68,91% y un 46.68% respectivamente. La tasa de actividad de los trabajadores nacionales en Andalucía se ha situado en 56.45% ganando 0,62 puntos este trimestre pero la tasa de actividad de los extranjeros, que se ha situado en el 70.22% ha bajado en 1,15 puntos este trimestre y 4,49 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. He aquí un rasgo que puede ser significativo de cómo la crisis económica puede afectar a la pauta de oferta de trabajo del colectivo de los trabajadores inmigrantes. De todas formas, hace falta una mayor perspectiva para enjuiciar la caída de la actividad de este grupo de trabajadores que pueden plantear una vuelta a sus naciones de origen.

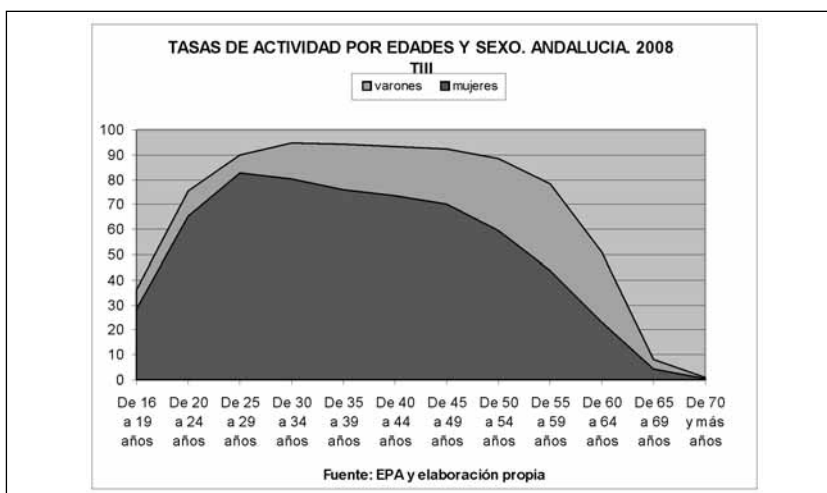


Fuente: EPA y elaboración propia.

En este sentido, es de destacar la evolución de la población activa de nacionalidad extranjera en Andalucía, especialmente a partir del primer trimestre del año 2008 cuando se alcanzó el máximo de 418.900 personas, lo que representaba el 11,06% del total de los activos. En este tercer trimestre del año el porcentaje se ha reducido al 10,38%. Esta misma pauta de comportamiento se encuentra en el conjunto del mercado de trabajo español aunque con matices: la desaceleración del incremento de la población activa de nacionalidad extranjera ha sido más suave en los últimos trimestres mientras que el aumento de la población activa de nacionalidad española en Andalucía ha crecido por debajo de los valores a nivel nacionales.

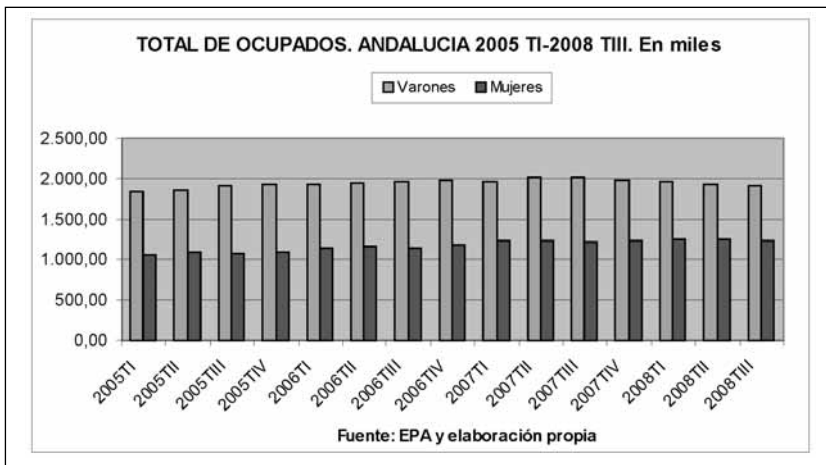


Como se sabe, la diferencia entre las tasas de actividad para varones y mujeres es significativa tanto en el conjunto nacional como en Andalucía, en este caso con unas distancias más acentuadas. A lo largo de los últimos años se ha ido reduciendo en parte por una cierta caída de la tasa de actividad masculina pero de forma más significativa por el aumento de la tasa de actividad femenina como consecuencia de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. En este tercer trimestre de 2008, la distancia entre las ambas tasas de actividad en Andalucía se situó en 19,35 puntos mientras que el mismo trimestre de 2007 esta diferencia era de 22,73 puntos. La reducción de esta diferencias se da para todos los tramos de edad mostrando una convergencia en pautas de oferta de trabajo que se va alcanzando muy lentamente debido a que las causas de estos cambios son profundas y se encuentran en factores familiares, sociales, educativos, etc., que han ido cambiando en los últimos años, pero que todavía están presentes sobre todo en las personas de mayor edad. Si se consideran varios tramos de edad, las diferencias menores entre tasa de actividad masculinas y femeninas se hallan en los tramos correspondientes a los más jóvenes (entre 16 y 29 años) y los mayores (de 65 años en adelante). Las diferencias entre las respectivas tasas de actividad crecen en los tramos de edad entre los 30 y los 50 años en el que las tasas de actividad masculinas están por encima del 90% y las tasas femeninas en torno al 70%.

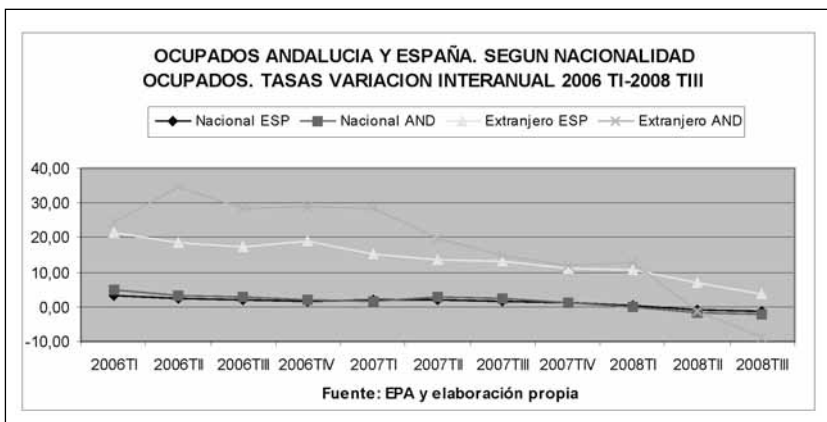


De todas formas, el cambio en la tendencia de las variables laborales como consecuencia de la crisis económica no está poniéndose de manifiesto en la oferta de trabajo sino en la demanda. Como hemos señalado al comienzo de este epígrafe, la ocupación en Andalucía está empezando a mostrar el cambio de fase de ciclo económico. El número máximo de ocupados en Andalucía se alcanzó en el segundo trimestre de 2007 llegando a la cifra de 3.235.600, a partir de entonces, el número de ocupados se ha reducido paulatinamente hasta este trimestre.

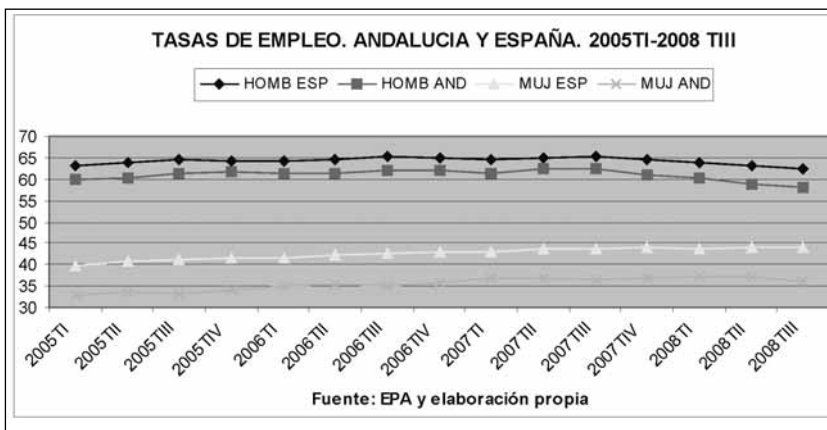
Como ya hemos señalado, en el tercer trimestre de 2008 el número de ocupados se ha situado en 3.140.000 personas, 40.400 menos que en el trimestre anterior (una tasa de variación ínter trimestral del -0.78%) y 88.400 menos que en el mismo trimestre del año 2007 (una tasa interanual del -4.12%). Este trimestre, la caída del empleo ha afectado más a las mujeres (-25.400) que a los hombres (-15.100). Sin embargo, si comparamos con el mismo trimestre del año 2007 la pérdida de empleo ha afectado fundamentalmente a los hombres (-103.700) que se compensa con un aumento del empleo de las mujeres (15.300).



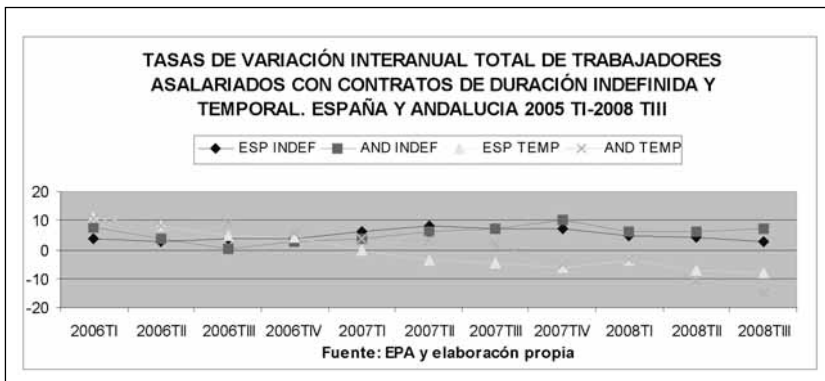
En cuanto a la nacionalidad de los trabajadores ocupados, la pérdida de empleo ha afectado este trimestre tanto a los trabajadores nacionales (-22.700 personas) como a los extranjeros (-17.800 personas). Si se compara con los ocupados del tercer trimestre de 2007 la caída del empleo ha afectado en mayor medida a los nacionales (-59.300) que a los extranjeros (-29.100). El empleo de los trabajadores de nacionalidad extranjera está cayendo desde el primer trimestre del año en el que se alcanzó una ocupación máxima de 346.200 personas. En términos de tasas de variación interanual, la caída de la ocupación entre trabajadores de nacionalidad española y extranjera se viene poniendo de manifiesto desde hace tiempo, como consecuencia de la ralentización de la actividad económica, manteniendo valores positivos únicamente para el caso de los trabajadores de nacionalidad extranjera que trabajan en el mercado nacional pero con una clara tendencia decreciente.



Como consecuencia de la evolución de las tasas de actividad y de ocupación la tasa de empleo está presentando una reducción en los últimos trimestres para los trabajadores varones tanto a nivel nacional como andaluz. Por el contrario, las tasas de empleo femeninas en el conjunto nacional y andaluz mantienen unos valores estables. En ambos casos se ha reducido el proceso de crecimiento de las tasas de empleo que se venía poniendo de manifiesto desde hace varios años y con ello se pone de manifiesto otro efecto colateral de la crisis económica, nos referimos a los objetivos de la cumbre de Lisboa de la Unión Europea que planteaban un aumento en las tasas de empleo en el conjunto de los países europeos con el objetivo de alcanzar los niveles de otras áreas económicas relevantes como EE.UU. o Japón.

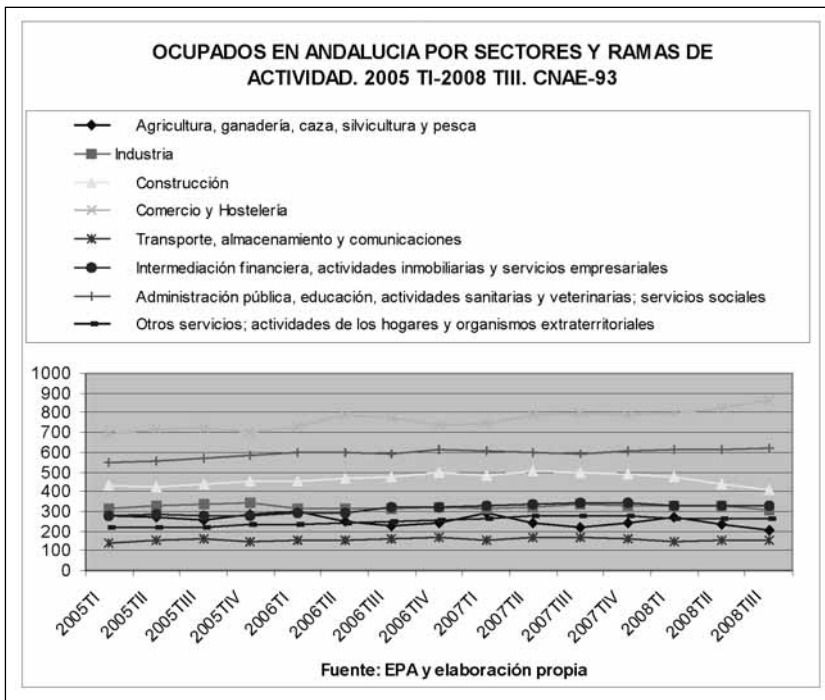


Un aspecto importante a la hora de estudiar el comportamiento del empleo en estos últimos trimestres es el de la evolución de la tasa de temporalidad. Uno de los factores de flexibilidad del mercado de trabajo español ha sido el de los contratos de duración temporal. En 2006 el Gobierno y los agentes sociales acordaron una reforma laboral a través del Real Decreto Ley 5/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo aprobado en el Parlamento el 29 de diciembre con la Ley 43/2006 para incentivar la conversión de los contratos temporales en indefinidos. Como se observa en el gráfico, la tasa de variación interanual del número de asalariados con contrato temporal está cayendo desde comienzos de 2006 alcanzando valores negativos a partir de 2007 tanto en el territorio nacional como en el de Andalucía. La caída de la tasa de variación interanual de la contratación indefinida en España se pone de manifiesto a partir del primer trimestre de 2008, aunque mantiene valores positivos, mientras que en Andalucía se mantiene en valores cercanos al 7%. En ambos casos es de destacar el mejor comportamiento de esta variación para el colectivo de las mujeres que presentan tasas de mayor valor que los hombres. Sin embargo, no se puede atribuir esta evolución a la reforma laboral únicamente ya que en épocas de crisis el ajuste en el empleo se lleva a cabo en gran medida a través de una reducción de la contratación temporal. Por tanto el tema de la dualidad del mercado de trabajo español queda presente y expuesto a un agravamiento como consecuencia del impacto de la crisis.



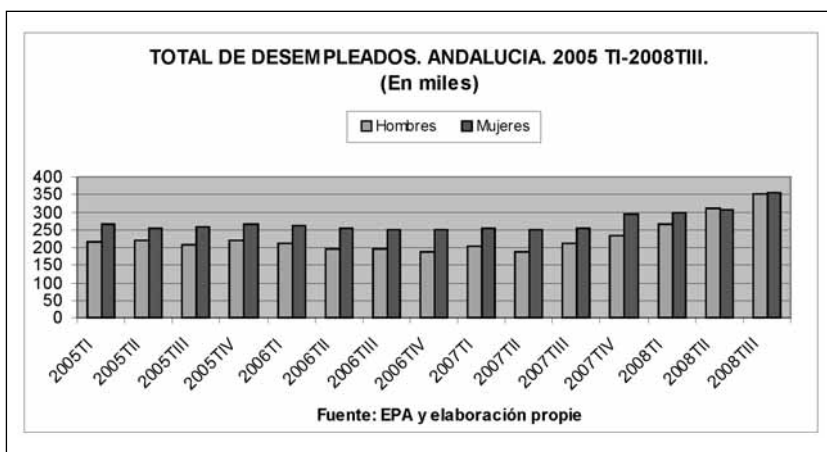
Desde el punto de vista de los sectores productivos y las ramas de actividad se puede comprobar cómo la crisis económica está afectando de forma diferenciada a los distintos ámbitos de producción en Andalucía. El empleo en el comercio y la hostelería han mantenido una senda de crecimiento sostenido en los últimos trimestres y ocupan en el tercer trimestre de 2008 a 858,300

personas según la EPA, lo que representa una tasa de variación interanual del 7,89%. Se trata del primer sector por nivel de ocupación en Andalucía y por tanto un elemento esencial para analizar el impacto de la actividad económica en el futuro del empleo andaluz sobre todo como consecuencia de un posible parón del sector turístico en el próximo año 2009. El segundo sector en importancia en ocupación en Andalucía es el de la Administración Pública que emplea a 620.300 personas en este periodo de referencia y que está estabilizado en una cifra en torno a los seiscientos mil ocupados desde el primer trimestre de 2006. Este sector no parece que el empleo en esta rama de actividad vaya a sufrir en gran medida los efectos del deterioro económico en lo relativo al empleo, pero tampoco parece que sea un sector capaz de absorber más ocupados ya que significa casi el 20% del total de la ocupación en Andalucía. El sector del transporte y el de “otros servicios” parece que se mantienen estables aunque en valores más bajos a los anteriores, mientras que el sector de la “intermediación financiera” y el de la industria (que ocupan a un número similar de personas en Andalucía muestran un crecimiento en el empleo hasta el tercer trimestre de 2007 y a partir de entonces una suave caída que sitúa la tasa de variación interanual en el último trimestre considerado en el -5,78% para el sector de financiero y el -8,80% para la industria. Por lo que respecta al sector primario, a pesar de mostrar una clara estacionalidad, la caída tendencial del empleo en el sector es manifiesta, acentuada también por la fuga de trabajadores del sector agrícola al sector de la construcción acaecida en estos años de boom inmobiliario. Por último, es el sector de la construcción el que está poniendo de manifiesto una clara y acelerada pérdida de empleo. Se ha pasado de ocupar a casi medio millón de personas en el segundo trimestre de 2007 hasta 406.700 del tercer trimestre de 2008. Las perspectivas para los próximos trimestres son pesimistas, por lo que la caída del empleo en este sector puede alcanzar cotas históricas. Por supuesto que todas estas cifras a las que estamos haciendo referencia y que hemos tomado directamente de la EPA hay que matizarlas y depurarlas a través de ajustes de desestacionalización y de otras técnicas estadísticas, pero sirven para poner de manifiesto la evolución del empleo en los últimos años cómo la crisis económica ya ha afectado a unos sectores y cuáles pueden ser los sectores que pueden empezar a sufrir las consecuencias del agravamiento de la situación económica.

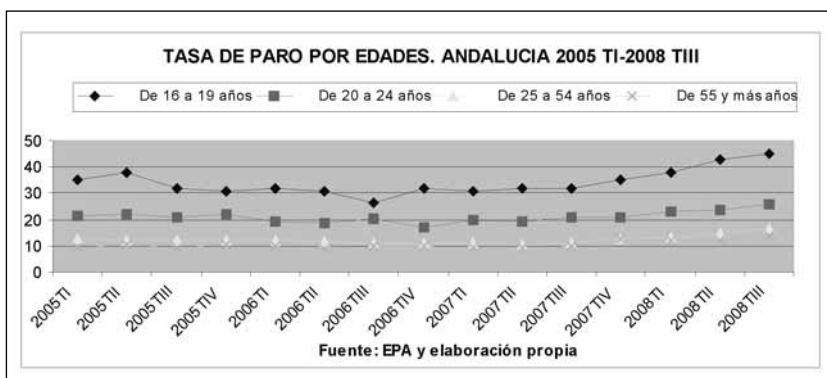


Como consecuencia de la evolución de la oferta y la demanda de trabajo en Andalucía que hemos señalado someramente hasta aquí, el comportamiento del desempleo ha sido muy negativo como no podía ser de otra forma. En este tercer trimestre de 2008 se están poniendo de manifiesto algunas cifras de desempleo muy significativas. El número total de personas desempleadas en Andalucía en el tercer trimestre de 2008 ha alcanzado la cifra de 704.600 personas, lo que significa un aumento de 86.600 (un aumento del 14,01%) respecto al segundo trimestre del año y de 240.400 (un aumento del 51,79%) respecto al mismo trimestre del año 2007. El deterioro de la variable paro es manifiesta y acelerada.

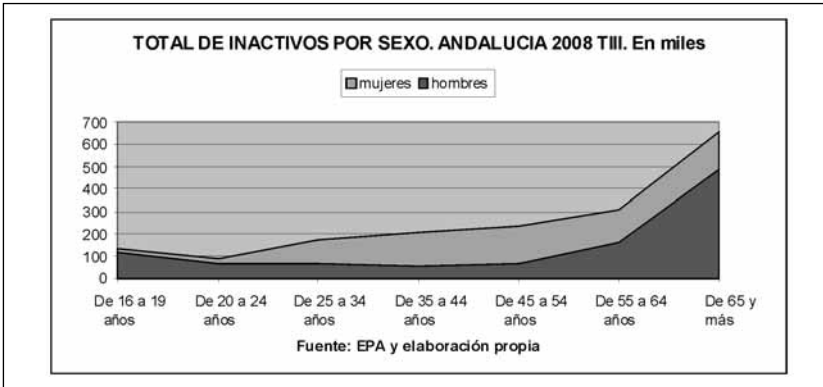
El aumento del desempleo este trimestre se ha distribuido equilibradamente por sexos en 40.400 hombres y 46.100 mujeres, aunque en términos interanuales, el desempleo ha afectado fundamentalmente a los hombres (140.500 varones frente a 99.900 mujeres). En cuanto a la nacionalidad de los trabajadores, en términos intertrimestrales el aumento del desempleo en Andalucía se ha dado fundamentalmente entre los trabajadores de nacionalidad española (65.700 frente a 20.800 de nacionalidad extranjera). Si hacemos la comparación interanual el aumento del paro ha afectado a 194.000 españoles y a 46.400 extranjeros.



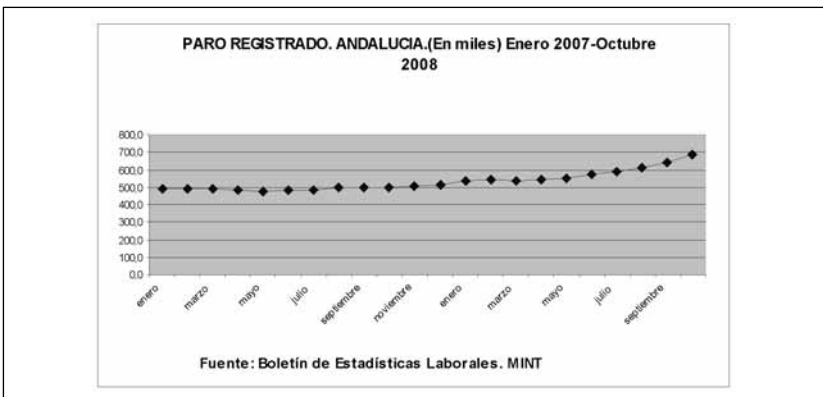
Como consecuencia de estos datos, la tasa de paro en Andalucía en el tercer trimestre de 2008 se ha situado en el 18,33% siete puntos por encima de la media nacional. La tasa de paro masculina en Andalucía es del 15,51% (5,19 puntos superior a la española) y la femenina es del 22,36% (un diferencial de 9,70 puntos con respecto a la media española). La tasa de paro de la población de nacionalidad española en Andalucía es del 17,54% mientras que la de los trabajadores de nacionalidad extranjera es del 25,08%. La tasa de paro más elevada se encuentra en el colectivo de las mujeres de nacionalidad extranjera con el 26,92%, por el contrario, la tasa menor afecta al colectivo de hombres de nacionalidad española que presenta una tasa de paro del 14,66%.

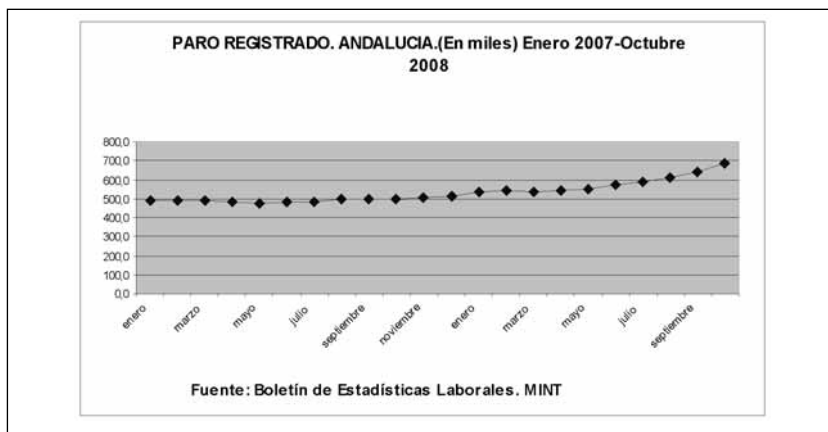


La evolución de la tasa de paro en los últimos trimestres está siendo bastante negativa como consecuencia del deterioro de la economía. El colectivo de las personas más jóvenes (de 16 a 19 años) es el que experimenta unas tasas de paro más elevadas que superan el 45%. La tasa de paro se reduce para los tramos de mayor edad aunque para todos los tramos considerados se observa un aumento de las tasas de paro generalizado a partir del segundo trimestre de 2007.



El rápido deterioro del desempleo también se pone de manifiesto en la evolución del paro registrado que aportan las Estadísticas del Movimiento Laboral Registrado del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Los aumentos del paro registrado en los meses del tercer trimestre han sido de 19.000 personas en julio, 24.600 en agosto y 27.500 en septiembre. En el mes de octubre de 2008 el aumento del número de desempleados que registraron las oficinas de empleo ha sido de 42.300 personas. Si esta evolución se mantiene, los niveles de desempleo para los próximos meses alcanzarán niveles no vistos en varios años.





INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Tercer Trimestre de 2008

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		
				VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3º Trim. 08	22.945,1	2,9	0,6	3.844,6	1,2	4,1
Tasa de actividad	Porcentaje	3º Trim. 08	59,95	0,3	1,4	57,62	0,9	2,6
Hombres	69,81	0,2	0,3	68,91	0,2	0,8
Mujeres	50,46	0,4	3,0	46,68	1,0	6,3
Menos de 25 años	55,21	5,7	0,3	55,83	6,5	0,1
25-54 años	83,53	-0,3	1,2	78,81	0,1	3,0
Más de 55 años	20,78	-0,1	4,4	17,53	-0,3	2,6
Ocupados	Miles	3º Trim. 08	20.425,1	-0,4	-0,8	3.140,0	-1,3	-2,7
Agricultura	787,3	-4,1	-4,1	191,0	10,3	..
Industria	3.195,2	-1,5	-1,0	308,2	-2,3	..
Construcción	2.413,2	-5,4	-13,0	415,3	-1,9	..
Servicios	13.950,7	1,0	1,9	2.225,5	-0,6	3,7
Asalariados del sector público	..	3º Trim. 08	2.990,1	1,6	2,0	515,9	3,6	3,9
Asalariados temporales	..	3º Trim. 08	4.944,7	-0,2	-8,2	1.038,5	-4,0	-15,1
Parados encuestados	..	3º Trim. 08	2.598,8	9,1	45,0	704,6	14,0	51,8
Hombres	1.353,6	14,4	69,0	350,9	13,0	66,9
Mujeres	1.245,2	3,9	25,7	353,7	15,0	39,3
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3º Trim. 08	11,33	8,5	41,1	18,33	12,7	45,8
Hombres	10,32	13,8	66,2	15,51	11,8	64,1
Mujeres	12,66	3,1	20,2	22,36	13,5	29,2
Menos de 25 años	24,23	1,4	35,0	30,75	7,2	29,7
25-54 años	10,15	10,3	46,5	16,71	13,6	54,4
Más de 55 años	6,78	5,1	23,9	13,59	13,1	37,8
Parados de larga duración	Porcentaje	3º Trim. 08	20,62	-2,1	-6,0	23,29	-4,9	-3,0
Parados registrados	Miles	3º Trim. 08	2.527,4	7,1	26,0	614,9	10,6	24,5
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3º Trim. 08	600	5,2	5,2	600	5,2	5,2
Coste laboral por trabajador	€/mes	2º Trim. 08	2.403	4,0	5,3	2.211	5,4	6,8
Industria	2.728	3,7	5,9	2.450	2,8	9,0
Construcción	2.431	8,8	6,1	2.322	6,3	5,0
Servicios	2.312	3,3	5,0	2.138	5,6	7,0
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2º Trim. 08	142,7	3,3	3,1	143,7	5,6	3,8
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	2º Trim. 08	947	14,9	1,1	111	14,4	-9,0
Trabajadores	Extinción de empleo	..	7.165	-10,0	13,5	554	11,2	128,0
	Suspensión de empleo	..	8.459	161,6	38,5	401	-4,3	24,1
	Reducción de jornada	..	289	61,5	1156,5	54	350,0	..
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	2º Trim. 08	334	33,5	-12,9
Participantes	Miles	..	134,2	0,8	-60,7	5,9	145,8	-96,0
Jornadas no trabajadas	419,3	5,5	-38,1	12,8	190,9	-93,0
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	2º Trim. 08	1,8	2,6	3,9
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	2º Trim. 08	26,4	32,1	24,4
Inflación	Porcentaje	3º Trim. 08	4,9	4,6	2,4	4,8	4,7	2,3
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	3º Trim. 08	5,4	5,1	4,7

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Comentarios de Jurisprudencia

LOS LÍMITES DE LOS LLAMADOS CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 1 de junio de 2007*

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO*

SUPUESTO DE HECHO: La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de CC.OO., a la que se adhirieron otras organizaciones sindicales en el acto del juicio oral¹, formula demanda ante la Audiencia Nacional contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra y las organizaciones sindicales firmantes del convenio² objeto de litigio, además de frente al Ministerio Fiscal, solicitando la declaración de nulidad de determinadas cláusulas –20 artículos en total y la Disposición Adicional primera– del II Convenio Colectivo de la referida entidad, a la sazón pacto colectivo extraestatutario. La SAN de 24 de enero de 2006 estima parcialmente la demanda –anula el art. 44 y el apartado 3 del artículo 43 de dicho pacto, ambos referidos al comité inter-centros– declarando la acomodación a derecho del restante articulado del convenio y contra la misma formula recurso de casación CC.OO. en solitario.

Del relato de hechos probados, que no resultan discutidos en casación, cabe resaltar los siguientes. En el ámbito de la empresa demandada se encuentra vigente, aunque en prórroga, el I Convenio Colectivo de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Navarra³, cuya vigencia estaba prevista para el tramo temporal comprendido entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2003. Como quiera que después de varias reuniones de la comisión negociadora no se lograra un acuerdo para la firma del II Convenio del mismo ámbito, la

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sección sindical de ELA, Sindicato de Empleados de Ahorro (SEA) y Sindicato de Empleados de Caja de Ahorro de Navarra–Grupo Independiente de Cajas de Ahorro (Siecan–Gica).

² Sección Sindical de UGT Caja Navarra, Sección Sindical LAB en Caja de Navarra, GT Madrid y GT Barcelona.

³ B.D. Aranzadi, ref. LEG 2001/3042.

representación de la empresa y la de algunos sindicatos, entre los que no se encontraba CC.OO, suscribieron el 20 de mayo de 2005 un pacto que denominan extraestatutario o de eficacia limitada, fijando su entrada en vigor para el día 1 de agosto de 2005. De los 1.456 trabajadores que prestan servicios para la empresa, 1.455 se han adherido al pacto referenciado, rigiéndose las condiciones de trabajo del único disidente por la normativa del Convenio Colectivo prorrogado⁴.

RESUMEN: La Sentencia que comentamos⁵, sobre impugnación parcial de convenio colectivo extraestatutario firmado durante el período de ultraactividad legal de un convenio colectivo estatutario, expresa con meridiana claridad la doctrina del Tribunal ya conocida sobre la llamada negociación extraestatutaria y su producto más típico, el llamado convenio o pacto atípico. Este fallo, que apenas altera al de la Instancia, muestra un completo recorrido sobre los diferentes aspectos del régimen jurídico “alegal” del convenio extraestatutario: fundamento constitucional, naturaleza y efectos, límites.

La organización sindical impugnante estima que el pacto extraestatutario incurre en manifiesta ilegalidad en todos aquellos artículos en los que se manifiesta su vocación de regulación general y cuando regula condiciones de trabajo y representatividad que afectan a la totalidad de trabajadores de la empresa, con independencia de su adhesión al pacto.

La empresa y los sindicatos firmantes, por su parte, alegan, en términos generales, que el convenio extraestatutario firmado explicita un ámbito de aplicación circunscrito a las partes firmantes y a sus representados, además de a los trabajadores que expresamente se adhieren a tal pacto (art. 1 del citado convenio), por lo que cualquier cláusula de formulación general debe reinterpretarse siempre en función del ámbito personal fijado por el propio convenio. Como segundo argumento se esgrime la perfecta adecuación del clausulado del convenio a la legalidad y al convenio estatutario vigente, aunque en período de ultraactividad, debiendo tomarse en consideración que las cláusulas del pacto que difieren de la regulación establecida por el convenio estatutario se refieren a la introducción de mejoras en las condiciones de trabajo de los empleados que se someten al nuevo convenio extraestatutario.

El Ministerio Fiscal apoya su postura sobre la validez del pacto en dos puntos concretos. De una parte, en la adhesión de toda la plantilla al pacto extraestatutario, con excepción de un único trabajador. De otra parte, en el

⁴ F.D. Segundo de la STS.

⁵ RJ 2007/6349. Sentencia que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2006 (AS 2006/1287).

escaso interés que parece animar la impugnación por parte del sindicato demandante, que cuenta con una exigua implantación en la empresa (12,5%) y que sean sus propios afiliados los que también han suscrito la adhesión al pacto que ahora viene a impugnar su sindicato.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: MODELOS DE NEGOCIACIÓN OBLIGADOS A COHABITAR
2. EL CONTRASTE DE CONVENIOS DE DISTINTA NATURALEZA: UN OBSTÁCULO SUPERADO
3. LA POSICIÓN CONTRACTUALIZADA DEL CONVENIO EXTRAESTATUTARIO
4. CONCLUSIONES: UNA VEZ MÁS LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN: MODELOS DE NEGOCIACIÓN OBLIGADOS A COHABITAR

Hace años que nuestro TS ha sabido salir airoso y encajar, pero fallo a fallo, las diferentes tesis que circulan en nuestro país sobre el derecho a la negociación colectiva y la libertad negocial, bien es verdad que con unos argumentos no exentos de vaivenes. Es antigua también la doctrina constitucional sobre los diferentes modelos de negociación colectiva que admite nuestro ordenamiento jurídico⁶ y que están condenados a convivir en tanto el legislador

⁶ La jurisprudencia desde el primer momento admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva. Sobre la misma: GARCÍA MURCIA, J., "Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia de los pactos colectivos atípicos. I y II". AL, 1992, núms. 23 y 24, pp. 403 y ss. y núm. 24, pp. 413 y ss.

De la STC 11/1981, de 8 de abril, se deducía ya la anuencia tácita del Tribunal Constitucional a admitir convenios, u33 otras manifestaciones de la autonomía colectiva, negociados al margen del Estatuto de los Trabajadores, cuando se refiere a la posibilidad de que otros instrumentos puedan suplir a la negociación en el establecimiento de la normativa laboral. Vid. APILLUELO MARTÍN, "Libertad sindical, negociación colectiva y autonomía individual. A propósito de la S.T.Co. núm. 208/1993, de 28 de junio, en relación con la reforma del mercado de trabajo", en MONEREO PÉREZ, J.L., (coor), "La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral". Editorial Universidad de Granada. Granada, 1996 p. 158.

Y expresamente tiene declarado el Tribunal Constitucional que la "legítima opción legislativa en favor de un convenio dotado de eficacia personal general no agota la virtualidad del precepto constitucional (art. 37.1 CE)" (STC 73/1984, de 27 de junio). Ese reconocimiento de un doble régimen convencional, el que se refiere al mandato al legislador para que desarrolle un sistema de negociación colectiva en el que se reconozca la fuerza vinculante del convenio y el que se refiere al abandono del derecho al terreno de la simple libertad, otorgando las posibilidades de conformación y regulación a la propia autonomía colectiva, ha recibido reiterado refrendo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Entre otras, SSTC 58/1985, de 30 de abril, 98/1985, de 29 de julio, 108/1989, de 8 de junio.

ordinario no lo remedie. Y es evidente que nuestro sistema negocial con modelos enfrentados⁷, casi a punto de cumplir tres décadas, sigue generando una más que importante litigiosidad⁸.

Veamos brevemente los términos del callejón sin salida para encuadrar la sentencia que comentamos, un tramo más de este recorrido. Según ha venido interpretando nuestro TC la recepción constitucional de la negociación colectiva no es única. De un lado, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, integra su contenido material y, de otro lado, recibe refrendo expreso en el art. 37.1 CE. No cabe duda: esta dualidad complica una interpretación coherente del Texto Constitucional, pero no la hubiera hecho insuperable. Es probable que las cosas hubieran resultado de otro modo si el derecho a negociar alojado en el art. 28.1 ET se hubiera interpretado como una libertad fundamental de cualquier sujeto sindical y vinculado a la autonomía colectiva, y el derecho a la negociación colectiva del art. 37.1 CE hubiera permanecido como un derecho independiente que encuadraría a otros sujetos titulares del mismo distintos de los sindicatos, los representantes de los trabajadores entendidos en sentido amplio⁹. Hubiera podido incluso optarse por diluir el art. 37.1 en la libertad sindical y probablemente se hubieran superado sin dificultad las trabas de constitucionalidad y con ello se habrían solventado muchos problemas. Algo similar a lo sucedido con el derecho de huelga y el derecho a la adopción de medidas de conflicto –evitando el solapamiento– hubiera sido posible también en relación con la autonomía colectiva en su manifestación negocial y el derecho a la negociación colectiva.

Sin embargo, no solo no ha sucedido así, sino que el legislador ha establecido, en desarrollo del art. 37.1 CE, en el Título III ET, un modelo legal de negociación colectiva verdaderamente restrictivo, tanto en lo que se refiere a

⁷ El debate doctrinal sigue abierto. Sobre los términos del mismo: CORREA CARRASCO, M., “La negociación colectiva como fuente del derecho del Trabajo”. Editorial Univ. Carlos III de Madrid y BOE. Madrid, 1997, pp. 254 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M.R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R. y DEL REY GUANTER, S., (coors.), “La reforma de la negociación colectiva”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 59 y ss. Una revisión esquemática reciente en LAHERA FORTEZA, J., “La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español”. R.L., 2008, núm. 1. Consulta en B.D. La Ley, ref. 6601/2007, pp. 3 y ss.

⁸ Cuantiosas son las sentencias del TS en las que se abordan cuestiones relativas a la negociación y convenio extraestatutarios. Un repaso a las mismas en MARTÍNEZ GIRÓN, J.F., “La negociación colectiva extraestatutaria”, R.M.T.A.S., 2007, núm. 68, p. 182.

⁹ Para SUÁREZ GONZÁLEZ, tal margen de indefinición constitucional en lo referente a los sujetos, obliga a que la ley ordinaria conceda legitimación a todos los representantes, para que el derecho a la negociación colectiva resulte ordenado por completo. “Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Editorial Pirámide. Madrid, 1980, p. 199. Una de las pocas interpretaciones en este sentido.

los sujetos legitimados –con exclusión de sujetos sindicales que no superan los umbrales de esa representatividad institucional que define la Ley–, como en lo que se refiere a la decidida intervención en todos y cada uno de los aspectos de la negociación y del propio convenio resultante. Un primer escollo salta a la vista. La incompatibilidad de una fórmula legal que deja fuera de la negociación a sujetos sindicales, tutelados en este derecho por el propio art. 28.1 CE.

Además, el TC ha tenido que realizar verdaderos malabares para superar el contraste de la fórmula abierta del contenido esencial del derecho a la negociación que formula el art. 37.1 CE y el limitado desarrollo del mismo que ha hecho el legislador ordinario. Dos consecuencias importantes se derivan de ello. Salvar la constitucionalidad de la opción legal ha obligado a diluir el contenido esencial del derecho, llegándose a afirmar que en realidad el art. 37.1 CE no formula un derecho a la negociación colectiva, sino una simple garantía institucional en la que todo cabe, cualquier opción legal, a la hora de conformar el modelo de negociación colectiva¹⁰. Pero la otra consecuencia importante es que ha resultado todavía más difícil encajar ese modelo legal absolutamente restrictivo con lo que ineludiblemente es contenido esencial de la libertad sindical: la autonomía colectiva en su vertiente negociadora, ya se ha dicho.

Armonizar ambas consecuencias no ha sido nada fácil y el resultado no está exento de contradicciones. Al menos a los sujetos sindicales se les debe reconocer el derecho a negociar convenios (y la libertad de hacerlo) más allá del derecho que les ha atribuido el legislador ordinario¹¹. Por consiguiente, estarí-

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”. R.L., 1992, T. I., pp. 47 y ss. STC 208/1993, de 28 de junio, al hilo del contraste del derecho a negociar colectivamente y su necesaria modulación por la libertad de empresa y el papel del contrato individual en la determinación de condiciones de trabajo: “El reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el art. 37.1 CE supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias, y asegura, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado, y dentro de esa regulación determinar quienes están legitimados para negociar y pactar, en su caso, el convenio colectivo en cada nivel o ámbito, incluido el de empresa o centro de trabajo”. F.J. 3.

¹¹ Nace con ello la llamada negociación colectiva extraestatutaria. STC 4/1983, de 28 de enero; STC 12/1983, de 22 de febrero; STC 23/1984, de 27 de junio; STC 98/1985, de 29 de julio. Siendo especialmente relevante la STC 108/1989, de 8 de junio, en la que el TC, no podía ser de otro modo, declara que la negociación y pactos celebrados al margen del estatuto tienen que ser necesariamente válidos, porque así deriva del art. 28.1 CE. El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia por el carácter «erga omnes» del llamado convenio colectivo estatutario. Y añade que la protección del derecho de un sindicato a la negociación

amos ante un Título III del ET, única regulación legal de la negociación colectiva, que no desarrolla en su totalidad el contenido esencial del derecho a negociar; al margen de él, y con sustento y fundamento en el propio texto constitucional (curiosamente en el art. 37.1 y no en el art. 28.1 CE), existe un derecho y libertad negociadora que tienen su amparo en el precepto constitucional y que carecen de desarrollo legal, siendo su régimen jurídico exclusivamente jurisprudencial¹². Surge así la teoría de la doble negociación: la estatutaria y la extraestatutaria (y de su producto más típico, el convenio). Un dato más que agrava las peculiaridades de las fuentes en esta disciplina jurídica.

La articulación y concurrencia de fuentes se hace más compleja, pero salvable si las relaciones se entablan entre la ley y las distintas modalidades de convenio o entre el convenio estatutario y el extraestatutario entre sí (o incluso entre una de estas modalidades de convenio con el contrato, que no es el caso de esta sentencia). Lo segundo sucede en el supuesto de hecho de la sentencia que aquí analizamos. El recurso a la distinta naturaleza normativa y obligacional de las fuentes convencionales¹³ ha sido la vía para solventar los

colectiva estatutaria no exige la exclusión de toda posibilidad de negociación colectiva a los demás sindicatos aunque sí implica la necesidad de que el ejercicio de esa facultad de negociación entre sindicatos y asociaciones empresariales no suponga una práctica antisindical de las vedadas en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, o imposibilite jurídicamente la negociación de eficacia general.

¹² Hace ya una década que el TS entiende que existe unanimidad jurisprudencial a la hora de aceptar la validez de la negociación y el convenio extraestatutarios y consenso al definir los efectos de estos pactos. STS 30 de noviembre de 1998: “pudiendo afirmarse que la validez está hoy unánimemente admitida por la jurisprudencia, cuya doctrina ha señalado que tienen eficacia entre las partes que los concertaron, y quienes estaban directamente representados en la negociación (afiliados al sindicato o asociación patronal)”. F.D. Cuarto 3 (RJ 1998/10047). En el mismo sentido, entre otras: STS 22 de octubre de 1992 (RJ 1992/7856); STS 14 de diciembre 1996 (RJ 1996/9462); 24 de enero 1997 (RJ 1997/572).

¹³ STS de 18 de noviembre de 2003 (RJ 2004/504), F.D. Segundo: “en efecto, la doctrina de esta Sala ha admitido la figura del convenio colectivo extraestatutario, pero esto no significa que ese tipo de convenio colectivo tenga la misma eficacia que el convenio estatutario. La doctrina jurisprudencial ya ha señalado que mientras el convenio estatutario tiene eficacia personal general y eficacia jurídica normativa, el convenio extraestatutario tiene sólo una eficacia personal limitada y una eficacia jurídica contractual. Estos dos tipos de convenios no son, por tanto, instrumentos de regulación que puedan equipararse. STS de 18 de febrero de 2003 RJ (2003/3372), F.D. Séptimo: “no es posible una equiparación absoluta de ambas especies de pactos puesto que, dada su peculiar naturaleza y el proceso que se sigue para la negociación, no tienen fuerza normativa, sino únicamente obligacional entre quienes lo conciertan y sus representados, y si eso es así, en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual propiamente dicho”. En el mismo sentido: STS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994/783); STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9462).

problemas de articulación y con ello la elección del criterio de la jerarquía o, la versión laboral del mismo, el principio de norma mínima, como regla fundamental de solución de conflictos entre el convenio estatutario y el extraestatutario, que es el supuesto que sirve de base a la sentencia que comentamos.

Sin embargo, al margen de que una distinción de este tipo tiene mucho de voluntariosa y mucho más de justificación de la opción legislativa a todo trance, con poco sustento constitucional, ya que la única referencia al tema de la naturaleza del convenio es general e incierta –el art. 37.1 CE se refiere a la fuerza vinculante del convenio–, es lo cierto que no puede resolver desde el punto de vista de la teoría general de las fuentes las relaciones entre el convenio colectivo o el pacto extraestatutarios y el contrato de trabajo. Ambos –contrato, convenio o pacto– son manifestaciones de una fuente obligacional de idéntico rango. Algo no imaginable ni concebible en un sistema de relaciones laborales como el nuestro, aquejado de una clara institucionalización y contrastada debilidad de las organizaciones sindicales.

Un buen ejemplo de lo afirmado es el supuesto que aquí se analiza y que pone en evidencia el Ministerio Fiscal: el sindicato no solo tiene escasa implantación en la empresa, sino que sus propios afiliados se han adherido al convenio colectivo que impugna la organización sindical. Se pregunta el Ministerio Fiscal por el interés que pueda tener la organización sindical impugnante, y nos lo preguntamos otros, ya que estamos ante un convenio de ámbito empresarial, por lo que no es reclamable aquí la teoría del interés colectivo para superar la falta de sintonía entre el sindicato y sus bases como sucedería en una negociación de ámbito más amplio, donde además funcionan otro tipo de coacciones.

Sostener si quiera la mera posibilidad de que el convenio, del tipo que sea, pueda ser alterado con carácter general y sin limitaciones por el contrato individual se interpretaría como un dislate que conduciría al caso del convenio y para algunos a una violación flagrante del art. 28.1 CE. Sin embargo, pese a declarar la naturaleza obligacional del convenio extraestatutario (o la naturaleza normativa y la eficacia limitada, que también viene declarada con igual rotundidad), se ha intentado, ahora sí, que la referencia constitucional a la fuerza vinculante del convenio –que es no decir nada porque la tiene la fuente normativa y la obligacional¹⁴– sirva para limitar las competencias modificadoras del contrato. Esto es, el convenio colectivo extraestatutario –y las distintas manifestaciones de la negociación colectiva de este tipo– permanecería, desde el prisma de la jerarquía normativa, en un escalón intermedio entre el convenio estatutario, que es una

¹⁴ Y así lo reconoce el propio TS, sin ir más lejos en la sentencia que comentamos, cuando expresa en el F.D. Quinto que en línea de principio el art. 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis (obligacional y normativa), en cuanto alude a la «fuerza vinculante» de los convenios”.

fuerza del Derecho en nuestro ordenamiento¹⁵, y el contrato de trabajo. Sometido jerárquicamente al primero y por encima del segundo¹⁶. Nada que objetar si ello fuera posible, y yo creo que no lo es. Ni puede afirmarse en Derecho que la fuente normativa tenga eficacia limitada, salvo que se confunda con el ámbito de aplicación, que es cosa bien distinta, ni que una fuente obligacional tenga eficacia normativa, ni general ni limitada.

Hemos asistido, pues, al nacimiento –una especie de híbrido– de un nuevo concepto de fuente –no a la creación de una fuente propia, que eso ya lo sabíamos: el convenio estatutario– desconocido fuera del ámbito estrictamente laboral. Bien es verdad, en todo caso, que este es el panorama real y que las consecuencias son de largo alcance y no parece que todas ellas las deseadas. A título de ejemplo, resulta curioso que un convenio estatutario no firmado por organizaciones sindicales, sino por las representaciones unitarias (esas para las que el TC ha dicho que solo tienen atribuido el derecho a la negociación en la medida en que se lo reconozca el legislador ordinario, puesto que ni son sujetos sindicales ni la actividad sindical se puede definir al margen de la cualidad del sujeto que la ejercita) se sitúe jerárquicamente en un escalón superior a un convenio colectivo extraestatutario, pero sindical. ¿A qué queda reducido el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva del art. 28.1? ¿Y la fuerza vinculante del convenio del art. 37.1 CE, o es que solo tienen fuerza vinculante los convenios del Título III ET? ¿O es que la fuerza vinculante la despliega el convenio, cualquiera, solo respecto del contrato? ¿Es posible mantener las tesis que hemos esbozado a la vista de estos resultados? Muchos son los flecos de este sistema nuestro de negociación colectiva que yo creo supera la dualidad de modelos, hay más. Pero no es lugar para su desarrollo, aunque resulta muy difícil pasar de largo sin apuntar la duda que surge de inmediato tras la descripción de un panorama tan singular. ¿Cuál es su utilidad? A mi modesto entender no creo que sea otra distinta a la de un denodado esfuerzo por superar la tacha de inconstitucionalidad que habría merecido el Título III del ET.

¹⁵ Sin ningún género de dudas, desde el principio de la andadura del ET, la posición de nuestro TC ha sido constante: “...en el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, dicho Convenio, al menos en la más importante de sus manifestaciones (la estatutaria), alcanza una relevancia cuasi-pública, no sólo porque se negocia por entes o sujetos dotados de representación institucional y a los que la ley encarga específicamente esa función, sino también porque una vez negociado adquiere eficacia normativa, se incardina en el sistema de fuentes del Derecho y se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”. STC 177/1988, de 10 de octubre, reiterando la ya sentada en la STC 58/1985, de 30 de abril, F.J. 3.

¹⁶ Y no, como también sostiene el TS cuando el análisis se circunscribe a la comparación del convenio estatutario y el que no lo es, situando en el mismo escalón del contrato al convenio extraestatutario. Vid. la antes citada, STS de 18 de febrero de 2003.

2. EL CONTRASTE DE CONVENIOS DE DISTINTA NATURALEZA: UN OBSTÁCULO SUPERADO

Tanto la AN como el TS se mueven como pez en el agua en este panorama. La jerarquía entre convenios de distinta naturaleza es el hilo conductor para analizar la validez –cláusula por cláusula– del convenio extraestatutario frente a la vigencia –ultraactividad legal– del convenio estatutario. Resumamos brevemente lo que no es novedad.

En primer lugar, el TS hace suya la extendida y puramente descriptiva definición de convenio extraestatutario. Son de este tipo lo que no son estatutarios; es decir: “estos pactos, denominados también atípicos o de eficacia limitada, son los celebrados al margen de los requisitos y formalidades del Título III del Estatuto de los Trabajadores”¹⁷. Una definición aséptica que no incluye posicionamiento alguno respecto a la naturaleza de estos pactos.

A continuación, el TS se refiere a la ausencia de una normativa propia de regulación¹⁸ y a que su existencia y tolerancia está apoyada, por una parte, en el art. 37.1 CE, donde encuentran el reconocimiento y tutela constitucional¹⁹. Repárese en que no se reclama el art. 28.1 CE como fundamento constitucional del derecho a negociar por parte de las organizaciones sindicales. Una extraña vinculación que obliga a hacer una pirueta posterior, asumida por doctrina y jurisprudencia, al reconocer que la violación del derecho a negociar de las organizaciones sindicales abre la vía de amparo por ser uno de los contenidos ineludibles de la libertad sindical (arts. 28.1 y 7 CE).

Por otra parte, esa tolerancia hacia el convenio colectivo atípico viene impuesta por la teoría general de los contratos. No lo dice así el TS, pero es

¹⁷ F.D. Cuarto, primer párrafo.

Sobre los “tipos” de extraestatutarios, vid. MARTÍNEZ GIRÓN, J., “La negociación colectiva...”, cit., pp. 183 y ss.

¹⁸ Aunque el legislador ordinario no se olvida de ellos. Los cita, y con ello reconoce su existencia, en la LPL (arts. 151.1 y 163.1), en los procedimientos de conflicto colectivo y en el de impugnación de convenios, refiriéndose a los convenios “cualquiera que sea su eficacia”. Nuestro TS también encontró un reconocimiento implícito de los mismos en el propio ET, art. 82.3, cuando se refiere a los convenios regulados en esta Ley, lo que de suyo debe implicar que el legislador da por válida la existencia de otros convenios colectivos no regulados en el ET. STS de 30 de noviembre de 1998, F.D. Cuarto. (RJ 1998/10047).

¹⁹ Llegándose a afirmar tajantemente que la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocia es un sindicato y que el precepto constitucional (art. 37.1 CE) ampara por igual ambos tipos de negociación, cuya elección queda al arbitrio de la libertad de las partes. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208), F.D. Tercero. Vid. nota 7.

La jurisprudencia desde el primer momento admitió distintas manifestaciones de la autonomía colectiva.

claro que no hay otra razón para ello, dado que para el TS dichos pactos o convenios extraestatutarios cuentan con “la fuerza obligacional propia de los contratos”²⁰. Esta tesis, permitiría ahorrar todo el discurso sobre el contenido del art. 37.1 CE, tal y como se viene interpretando. No es necesario acudir al derecho a la negociación colectiva para reconocer a su producto más típico la naturaleza obligacional propia de los contratos, incluida su fuerza vinculante; para ello ya se basta el Código civil. Así lo entiende el propio TS al afirmar que, puesto que “no hay normas específicas que disciplinen estos pactos, habrá que estar a las disposiciones que el Código civil dedica a los contratos...”²¹. Una remisión que deberíamos entender hecha en bloque pero que, como veremos, no resulta ser así puesto que el TS termina asignándole al convenio extraestatutario un “estatuto” marcadamente laboral y no civil. Veámoslo.

Trasladar los convenios y pactos extraestatutarios a la teoría general de la contratación es una opción obligada si no existe normativa específica que imponga la excepción de la regla civil²². El dictado del art. 37.1 CE, como viene reconociendo la jurisprudencia, es la única referencia normativa a estos productos negociales²³ y en dicho precepto no puede localizarse imperativo alguno que no sea el de la exigencia de respeto por parte del legislador a esta libertad negocial “laboral”²⁴ y esa ya existe como paradigma regulador del tráfico jurídico entre particulares. Los demás aspectos del precepto, o han sido

²⁰ F.D. Cuarto, primer párrafo.

²¹ F.D. Cuarto, segundo párrafo.

²² Y así lo admite en reiteradas ocasiones el TS, incluida la sentencia que comentamos, aunque el Tribunal se refiere también a su cita por el legislador ordinario en alguna ocasión, así es en la LPL (arts. 151.1 y 163.1). F.D. Tercero.

No me parece aceptable la fórmula de convertirlos en ilegales por su naturaleza contra legem. Vid. MONTROYA MELGAR, A., “Sobre la viabilidad legal de los convenios colectivos al margen del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., “Problemas actuales de la negociación colectiva”. Editorial ACARL. Madrid, 1984, pp. 54 y ss. QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “Los convenios colectivos irregulares”. Ed. CES. Madrid, 1999. La libertad de contratación y la validez de los contratos atípicos, propician la reconducción al derecho general de obligaciones y contratos, aunque no tengan tipificación laboral, y el dictado del art. 37.1 CE o el propio art. 28.1 CE se erigirán en barreras inexpugnables para el legislador a la hora de pretender su erradicación.

²³ No ha prosperado su vinculación al contenido esencial del art. 28.1 CE, en lo que se refiere a considerarlos una manifestación de la autonomía colectiva sindical, que sería lo adecuado. Pese a ello, sí se ha utilizado la titularidad de la libertad sindical para imponer un límite al legislador ordinario en la selección de los representantes de los trabajadores con derecho a negociar (art. 37.1 CE).

²⁴ Ese es el calificativo que determina el contenido amplio de la negociación. El atributo laboral de los sujetos irradia el contenido material posible de la negociación; esto es, cuando negocian representantes de los trabajadores no existe limitación de contenidos. Recordemos que en nuestro ordenamiento no se definen materias vetadas a la negociación, pero tampoco reserva de materias para la misma, por lo que las fuentes de regulación concurrentes se ordenarán y articularán de acuerdo con las reglas y principios generales.

vaciados de contenido por el TC –como sucede con los sujetos titulares del derecho²⁵– o es una referencia imprecisa de la que no cabe obtener conclusión alguna sobre su naturaleza jurídica, me refiero, claro está, a la fuerza vinculante del convenio²⁶.

Siendo ello así, no cabe decisión distinta a la de encuadrarlos en la teoría general de los contratos. La consecuencia inmediata será que es en este ámbito dónde debe descubrirse la naturaleza y eficacia de esta modalidad de negocio jurídico, y que sepamos no se ha inventando nada entre la ley –o la más genérica norma, que admite los productos de la autonomía colectiva– y el contrato; por consiguiente, los resultados de la negociación extraestatutaria no pueden ser otra cosa que contratos y esto condiciona, no ya su naturaleza obligacional –que la jurisprudencia y doctrina no pretenden alterar– sino su eficacia limitada y, claro está, no puede predicarse naturaleza alguna cualitativamente distinta a la que ostenta el contrato de trabajo como fuente de obligaciones. Especialmente clara es la STS de 20 de noviembre de 2003: “...en el orden jerárquico de fuentes de la relación laboral que contiene el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde a los convenios colectivos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual”²⁷. Pero no es tesis única.

En la disociación imposible entre naturaleza jurídica y eficacia estriba la perversión del invento laboral al afirmar que existe un híbrido entre el convenio, llamémoslo común, normativo (de suyo con eficacia general) y el convenio, llamémoslo atípico, de eficacia normativa limitada, Y no solo eso, la

²⁵ La fórmula constitucional que atribuye el derecho a los representantes de los trabajadores ha quedado vaciada de contenido. El legislador ordinario tiene manga ancha para determinar cuáles sean éstos en cada momento, con la excepción de los representantes sindicales; pero claro, esto no forma parte del contenido esencial del art. 37.1 CE, sino del art. 28.1 CE, como todos sabemos.

²⁶ Algo similar entiendo sucede con la teoría doctrinal de la eficacia real. Iguala los productos negociales y los diferencia por la eficacia general o limitada. LAHERA FORTEZA, J., “La necesaria superación de la dualidad estatutario/extraestatutario en los acuerdos de empresa (SSTS 4.ª de 8 de mayo de 2006 y de 18 de septiembre de 2007)”. R.L., 2008, núm. 9. Consulta en B.D. La Ley, ref. 16034/2008, pp. 2 y ss.

Me parece que la de la eficacia real es una tesis que oculta el nombre para mantener el contenido de lo que hoy son las tesis jurisprudenciales dominantes y sin desprenderse de las mismas dificultades conceptuales. Véase la versión revisada de esta teoría en LAHERA FORTEZA, J., “La negociación colectiva no es fuente de derecho...”, cit. La versión original: VALDÉS DAL-RÉ, F., “Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios”. Editorial ACARL. Madrid, 1988, pp. 67 y ss.; “La eficacia jurídica de los convenios colectivos”. T.L., 2004, núm. 76, pp. 47 y ss.

²⁷ F.D. Quinto. (RJ 2004/29).

perversión de la teoría laboral de la negociación colectiva extraestatutaria llega más lejos al afirmar la existencia de un convenio que despliega, a su vez, una naturaleza esquizofrénica, de fuente obligacional cuando sus relaciones se entablan con el convenio estatutario (normativo) y de fuente del derecho (o de naturaleza normativa) cuando se relaciona con el contrato. En esto se concreta lo que pudiéramos llamar “estatuto laboral” del convenio extraestatutario que la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales ha venido desarrollando y que se encuentra ya sólidamente asentado como marco jurídico de uno de nuestros modelos de negociación.

No sorprende, por tanto, que el TS para pronunciarse sobre la validez o idoneidad de la negociación extraestatutaria, no crea preciso aclarar las dudas sobre la naturaleza normativa u obligacional del convenio, también afirma habérselas planteado el TC²⁸, o que en unos fallos declare su carácter normativo y en otros su naturaleza puramente obligacional. Uno u otra, se elegirán en función del polo de contraste. Ante un panorama como el descrito, tampoco sucede nada si se confunde contenido normativo y fuerza vinculante, como ocurre en la STS que comentamos²⁹, o si la fuerza vinculante se hace coincidir

²⁸ Se ha señalado que este Tribunal no ha sido contundente en las sentencias que abordan específicamente el controvertido tema de la naturaleza normativa u obligacional de los convenios extraestatutarios. Para GARCÍA MURCIA (“Criterios jurisprudenciales sobre la naturaleza y eficacia... II”, cit., p. 415), la STC 58/1985, de 30 de abril, parece abogar por el carácter normativo de todo convenio colectivo, con independencia de que sea estatutario o extraestatutario.

Siendo, por el contrario, mayoritaria la jurisprudencia ordinaria que el atribuye naturaleza contractual, carácter obligacional. En unificación de doctrina, SSTS de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994/784), de 22 de enero de 1994 (RJ 1994/3228). “Carecen de valor normativo, teniéndolo solamente convencional no integrándose en el sistema de fuentes del derecho laboral (...), regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones”. STS de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994/8052). Igualmente: SSTS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1994/9462) de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7856); 24 de enero de 1997 (RJ 1997/572)

Aunque existe la tendencia contraria. De hecho son muchas las sentencias en las que se caracteriza el convenio extraestatutario exclusivamente por su eficacia personal limitada. STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9812); de 17 de octubre de 1994 (RJ 1994/8052); de 2 de junio de 1998, (RJ 1998/4942). Ésta última con una argumentación muy confusa, puesto que se refiere a un pacto limitativo de derechos de los trabajadores jubilados.

En contra de la mayor parte de la doctrina. Vid. MONEREO PÉREZ, “Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar al libro de GALLART FOLCH, “Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo”. Editorial Comares. Granada, 2000 pp. 265 y ss.

Y todavía se puede distinguir otra postura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bastante más difícil de interpretar o comprender. El TS entiende que determinados pactos, por imperativo legal, tienen la eficacia del convenio colectivo (erga omnes, claro está) lo que no impide seguir manteniendo su naturaleza extraestatutaria y por ello obligacional, que no de fuente del derecho. STS de 11 de noviembre de 1999, (RJ 1999/9183), F.D. Tercero.

²⁹ “El concepto «contenido normativo» de los pactos puede resultar equívoco si se le desvincula de su ámbito de aplicación; el término normativo significa el efecto regulador aplicable a una

con el valor normativo, como propició una jurisprudencia constitucional temprana, hoy plenamente aceptada³⁰.

No podía ser de otro modo, y aquí la doctrina jurisprudencial es bastante monolítica, es la eficacia limitada del convenio colectivo extraestatutario lo que lo diferencia “de manera nítida de los convenios colectivos, que están dotados de eficacia general o erga omnes, no solamente respecto de todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación en el momento de la suscripción del pacto, sino también de cuantos accedan al mismo durante el período de su vigencia³¹, en tanto que los pactos atípicos no se aplican con

determinada materia de un conjunto de disposiciones que han sido previstas por la ley o por los particulares; las cláusulas normativas de los convenios están destinadas a regular los derechos y obligaciones de las personas y entidades afectadas por dichos pactos, pues este es justamente el papel que han desempeñado las cláusulas de los contratos, y el pacto colectivo extraestatutario lo es, que se conciertan con la finalidad de compatibilizar los intereses contrapuestos de las partes, que se someten voluntariamente a una disciplina que ellos mismos han instaurado, lo que permite afirmar que los convenios de eficacia limitada, en el ámbito propio en el que son aplicables, tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador en el sentido indicado, es decir, únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben del artículo 37.1 de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificadas como normativas en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo”. F.D. Quinto, de la STS de 1 de junio de 2007, que aquí comentamos.

³⁰ “El mandato que el art. 37.1 de la Constitución formula a la Ley de garantizar «la fuerza vinculante de los Convenios» no significa que esta fuerza venga atribuida ex lege. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la C.E.) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional.

De otra parte la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los Convenios Colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales”. STC 58/1985, de 30 de abril.

³¹ STS de 13 de noviembre de 2003, F.D. Tercero. (RJ 2004/1773).

Con un tremendo rigor formalista se aplican las reglas de legitimación en la negociación estatutaria. El cómputo de la legitimación a efectos de determinación de la naturaleza estatutaria o extraestatutaria del convenio resultante de la negociación concluye en el momento de la firma del mismo, los apoderamientos previos (que no representan obstáculo alguno para afirmar la eficacia obligacional del convenio resultante. STS de 4 de junio de 1999, RJ 1999/5068) o las adhesiones posteriores, lícitas en todo caso, sean espontáneas o previstas por los negociadores, no inciden en la naturaleza de lo convenido. Vid. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208), F.D. Cuarto: “Habida cuenta de la verdadera naturaleza del convenio colectivo –expuesta en el fundamento jurídico anterior– es claro que las cláusulas encaminadas a la adhesión individual de los

la intensidad prevista en el art. 82.3 de la Ley estatutaria, de manera que carecen de eficacia erga omnes; su campo de influencia se reduce..., a quienes negociaron el pacto y al personal representado por ellos, esto es, a las representaciones sindicales y empresariales pactantes y a sus afiliados, aunque con la posibilidad de que, mediante adhesiones individuales, su ámbito subjetivo pueda resultar ampliado³². En el supuesto que analizamos esta vía de ampliación llega a incluir a todos los trabajadores menos a uno, de los 1.456 vinculados a la empresa.

Verdaderamente flexible ha sido la admisión de la adhesión a este tipo de pactos y convenios³³, tanto como que, en ocasiones, se tiene la certeza de que el convenio extraestatutario viene a cumplir el mismo papel que el estatutario (dado que sus relaciones con el contrato son las mismas, de superioridad), y que como bien señala la jurisprudencia el instituto de la adhesión puede dar lugar a un ámbito subjetivo similar o igual que el del convenio estatutario, pero estas circunstancias

trabajadores no pertenecientes a los Sindicatos firmantes son perfectamente lícitas como ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1989 de 8 de junio y esta Sala en las Sentencias de 14 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9071) y de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/3779), entre otras; máxime cuando en el hecho probado 6 se dice que de los 11.900 trabajadores de la empresa ratificaron el convenio 11.700”.

Es decir, el convenio extraestatutario no muda a estatutario porque las adhesiones eleven la representatividad por encima de los umbrales legales. “En todo caso, la única representatividad computable es la existente en el momento de la firma del Convenio y ya se ha dicho antes que en tal momento –9 de octubre de 1996– el Banco Social no reunía la mayoría legalmente exigida, siendo evidente que la adhesión posterior de la Sección Sindical de CC OO, no puede alterar la naturaleza del Convenio querida y suscrita por sus firmantes”. F.D. Tercero, STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208). STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/8395), F.D. Tercero: “Ni aun cuando el convenio en cuestión haya sido aplicado en el 97% de las empresas de la provincia, puesto que nunca la masiva o incluso universal aceptación de un convenio de aquella condición puede convertirlo en otro de eficacia general o estatutario, puesto que tal eficacia no la da su aceptación por los particulares sino la Ley, y ésta sólo la confiere cuando se han cumplido los requisitos de legitimación y negociación requeridos por los arts. 87 y 88 del Estatuto”.

³² F.D. Cuarto, primer párrafo.

La eficacia limitada del convenio no se desvirtúa por la extensión por adhesión a todos los trabajadores de la empresa. “Universal aceptación”: STS de 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999/8395).

³³ Contrátese esta posición con la rigurosa aplicación de la doctrina de la legitimación, vid. nota 32. Probablemente porque el vacío de negociación estatutaria aboca al convenio extraestatutario a cumplir su función, se descubre en la jurisprudencia la pretensión de extender al máximo la “eficacia” general de los convenios extraestatutarios. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y AGRA VIFORCOS, “Adhesión individual tácita a convenio extraestatutario: sobre la eficacia general de hecho de lo negociado y las posibles conductas contrarias a la libertad sindical en presencia”. R.E.D.T., 1999, núm. 94, p. 294). Ello conduce a una extralimitación de la jurisprudencia en la interpretación de la adhesión tácita, sentando la presunción en sentido contrario: el convenio extraestatutario se aplica a todos los trabajadores siempre que no conste su oposición expresa. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “Eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios en el seno de las nuevas funciones de la autonomía colectiva”. R.E.D.T., 1999, núm. 97, pp. 681 y ss.

no mudan la naturaleza del convenio; por consiguiente, seguiríamos ante productos negociales jerarquizados, que es una invariable opinión jurisprudencial.

Cubrir los vacíos convencionales ha sido también una clara finalidad de la negociación extraestatutaria. Nada que objetar a este respecto, si no fuera porque este loable objetivo se solapa bastante con la denominada contratación individual en masa –no creo que haya otra fórmula para interpretar el instituto de la adhesión– y, ciertamente, en ocasiones, entorpece la negociación estatutaria³⁴. A ello contribuyen una serie de factores en los que no repara este fallo del TS. La inaplicación de todo precepto del Estatuto a esta modalidad de negociación³⁵ la hace verdaderamente más flexible que la rigidez que aqueja a la negociación estatutaria e invulnerable a ésta. Entre ambas no se aplican criterios de prelación alguno, ni en el tiempo, ni en los ámbitos, ni en los contenidos, salvo contadas excepciones³⁶. Éste probablemente sea el aspecto más importante de la sentencia que comentamos: la idoneidad o no de la negociación extraestatutaria para abordar los mismos contenidos que la negociación tutelada por el ET; tema sobre el que pasa de puntillas el TS y que decide resolver de un modo distinto, recurriendo a la teoría civil para afirmar que es el artículo 6 del Cc el que fundamenta la declaración de nulidad parcial del convenio extraestatutario en la medida en que rompe la prelación de fuentes y el necesario sometimiento del pacto al convenio en ultraactividad. Ésta es una afirmación explícita en la SAN³⁷ y está implícita en todo el razonamiento del TS al ir contrastando punto por punto ambos convenios.

³⁴ Más bien debiera concluirse a la vista de las decisiones judiciales que estas diferentes manifestaciones de la autonomía colectiva son ampliamente compatibles. STS de 8 de junio de 1999 (RJ 1999/5208).

Fijando el límite: la negociación al margen del Estatuto no ha de suponer una práctica antisindical ni impedir jurídicamente la negociación de eficacia general (STC 108/1989, de 8 de junio). Pero esto no sucede porque se consideren lícitas la cláusulas de adhesión individual al convenio de eficacia limitada (STC 108/1989, de 8 de junio, STS de 14 de julio de 1995, RJ 1995/6254), o porque esas adhesiones lo sean de trabajadores afiliados a un sindicato que rechazó el convenio extraestatutario (STS 14 de noviembre de 1994, RJ 1994/9071), o porque este tipo de convenio surja en el contexto de una negociación de eficacia general (STC 108/1989, de 8 de junio; STS 24 de enero de 1997, RJ 1997/572).

³⁵ F.D. Quinto. En el mismo sentido otras muchas, por ejemplo: STS de 20 de noviembre de 2003 (RJ 2004/29), F.D. Quinto

³⁶ Si bien se reconoce para el pacto o convenio de eficacia limitada que, en términos generales, la “negociación colectiva extraestatutaria (...) está situada en plano inferior de menor relieve” (STS 24 de febrero de 1992, RJ 1992/1052), ello no significa que necesariamente haya de estar subordinada a la estatutaria.

³⁷ F.D. Quinto de la SAN: “...siendo el propio art. 6 del Código civil el que da entrada a los límites fijados por el legislador laboral acerca de la ordenación de la prestación laboral, de los principios y normas de carácter necesario y de la prelación de fuentes, provocando el necesario ajuste del pacto extraestatutario a lo dispuesto en tales normas, así como en el convenio estatutario que en su caso resultare aplicable...”.

3. LA POSICIÓN “CONTRACTUALIZADA” DEL CONVENIO EXTRAESTATUTARIO

En este fallo uno de los aspectos más interesantes es la funcionalidad que el TS atribuye al convenio extraestatutario, que no es otra que la que atribuíramos a un contrato respecto del convenio colectivo normativo aplicable. Lo hace así el TS en tres aspectos que no ofrecen duda. Primero, cuando niega a las partes el poder de calificación del convenio y la sustitución de lo acordado por lo dispuesto en la fuente normativa de referencia. Segundo, al aplicar la nulidad parcial del convenio extraestatutario –ignorando el principio de equilibrio interno³⁸– al contrastarlo con el convenio colectivo en período de ultraactividad y, eso sí, evitando en todo momento aludir a la existencia de condiciones más beneficiosas, pero no por ello dejando de aplicar el instituto para revisar la validez de lo acordado colectivamente al margen del ET. Tercero, y lo hace cuando se refiere muy de pasada a los contenidos (y función) que puede abordar el convenio extraestatutario, que son los mismos que se reservan al contrato de trabajo.

El TS entiende que la fórmula elegida por los negociadores para definir el ámbito de aplicación de lo negociado, está contenida en el art. 1 del convenio extraestatutario, donde los negociadores definen la eficacia limitada del mismo, y en consonancia con ello deben interpretarse las restantes menciones que en el articulado se refieren tanto a la naturaleza normativa de lo acordado (Disposición Adicional primera³⁹), como a la eficacia general que se desprende del art. 3.1 al definirlo como un convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa. Así responde la AN y el TS a la petición de nulidad, por parte de los impugnantes, de preceptos que aluden a la eficacia general en contra del art. 82.3 ET⁴⁰. Pero hay una afirmación adicional: aunque así no fuera, la naturaleza del pacto no se desvirtúa por lo que las partes quieran o disponga sino que es la que le atribuye la Ley y en consonancia con ello han de interpretarse sus cláusulas. La STS de 11 de marzo de 2003 ofrece una paradigmática muestra de esta tesis jurisprudencial: “...sea cual fuera el ámbito personal que los

³⁸ Textualmente: “este criterio doctrinal, que encontró particular acogida en diversas resoluciones del desaparecido Tribunal Central de Trabajo, entró en franco declive en la década de los años 90, no siendo posible actualmente seguir propugnando su vigencia y aplicación”. STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 7576), F.D. Segundo.

³⁹ F.D. Cuarto y Quinto.

⁴⁰ La Disposición Adicional del convenio ha de interpretarse, según el TS, en el sentido de que las partes negociadoras reclaman la fuerza vinculante de lo negociado para los contratantes y respecto del tipo de cláusulas que se consideran normativas; es decir, las destinadas a regular derechos y obligaciones. F.D. Quinto.

contratantes en este caso hayan consignado en el acuerdo y pretendido atribuir a éste, es lo cierto que el tan repetido pacto tiene realmente la naturaleza de efectos limitados que el ordenamiento jurídico le impone, y esta naturaleza no puede quedar en modo alguno desvirtuada por los deseos de las partes que lo concertaron⁴¹. Ni un ápice se aparta el TS de la funcionalidad que al contrato atribuye en esta materia el art. 8 ET.

El TS evita abordar de forma directa la idoneidad o no del convenio extraestatutario para abordar materias propias de la negociación colectiva estatutaria, pero no contradice ni corrige –sino que la aplica⁴²– la imprecisa premisa fijada por la AN que está destinada a fijar los límites del convenio atípico. En lo que se refiere a los contenidos posibles a tratar por la negociación extraestatutaria sus limitaciones no se refieren tanto a los contenidos o materias, sino “al objetivo de eficacia que se persigue”, “aunque indirectamente éste contribuya también a delimitar las materias susceptibles de regulación sin sujeción a las normas del Título III del Estatuto de los Trabajadores”⁴³. Se olvida en esta tesis, y lo veremos, que los pactos extraestatutarios pueden condicionar futuras negociaciones.

En aplicación de dicho principio, el TS ha venido entendiendo que hay determinadas materias que no pueden ser asumidas por “un pacto que de suyo tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores”⁴⁴. Son aquellos aspectos de las relaciones de trabajo cuya regulación legal –preceptos del ET– “remiten al convenio colectivo o al pacto con los representantes, por tanto no pueden sustraerse a estas fuentes estableciendo una regulación por convenio extraestatutario”⁴⁵. Estos dos tipos de convenios no son, cabe concluir, instru-

⁴¹ F. D. Tercero. (RJ 2003/3351).

⁴² Es su propia doctrina. STS 1 de noviembre de 2003: “es necesario abordar los contenidos susceptibles de integrar un pacto extraestatutario en contraposición a los que son materia de un Convenio Colectivo de los regidos por el Título III del Estatuto de los Trabajadores y en qué medida lo trascendente no sea el contenido sino el objetivo de eficacia que se persigue”. F.D. Segundo. No explora ni concreta el TS lo que podría desprenderse de sus siguientes afirmaciones. El ET, según el TS, “no contiene mención alguna, con carácter excluyente del objeto de negociación, de los acuerdos extraestatutarios pero sí pone de relieve un claro propósito de no dejar al margen del Convenio estatutario materias que poseen un alcance general, así, en el artículo 83-3º del ET”. “El legislador muestra aquí un propósito de control que implícitamente entraña una prohibición de acudir al Pacto extraestatutario. Ciertamente que las normas prohibitivas no pueden ser objeto de interpretación extensiva en el uso de la analogía, pero éste no es el objetivo que se persigue sino el de conocer el espíritu de la Ley como criterio rector de todo un sistema”. (RJ 2004/1773).

⁴³ F.D. 2 in fine, SAN de 24 de enero de 2006.

⁴⁴ F.D. Sexto de la STS de 1 de junio de 2007, que aquí comentamos.

⁴⁵ La misma tesis en la STS de 18 de noviembre de 2003, F.D. Segundo. (RJ 2003/504).

mentos de regulación que puedan equipararse. Por ello, cuando la Ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional..., hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta transcendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal⁴⁶.

En cualquier caso, no es argumento sin excepciones que utilice el TS en este fallo –más bien incumple su propia regla– pese a las materias que están en discusión: complementos salariales, movilidad geográfica, competencias disciplinarias. Todas ellas dotadas de la generalidad suficiente como para haber excluido la posibilidad de negociación o pacto extraestatutario, más si tenemos en cuenta que no existe vacío de negociación. Sin embargo, el TS opta por colocar al convenio atípico en el lugar del contrato y revisar la validez, porque se ajustan al modelo de la condición más beneficiosa, o declarar la nulidad parcial de las cláusulas del mismo que no cumplen con las reglas de articulación de las fuentes (jerarquía, remisión normativa, naturaleza dispositiva).

De hecho, tanto es así, como afirmamos, que para algún pasaje de la regulación convencional (complemento de antigüedad) el TS entiende que lo que el legislador estima que es lícito que regule el contrato de trabajo también podrá hacerlo legítimamente el pacto extraestatutario y cumpliendo idéntica función. En relación con el pacto sobre complemento de antigüedad, aunque el Tribunal reconoce que se trata de una de las materias inidóneas para la negociación o el pacto extraestatutarios –por tratar cuestiones destinadas a afectar a todos los trabajadores– el TS entiende que como en este asunto el Estatuto deja margen de regulación para el contrato individual, cabe que se fije por convenio extraestatutario, porque convenio y contrato son homologables. Además, en este supuesto concreto se dispone un régimen más beneficioso para los trabajadores que el establecido en el convenio estatutario vigente⁴⁷. Esto es lógico. No sería de recibo admitir que lo que queda al arbitrio del pacto contractual sea materia vedada a la negociación colectiva del tipo que sea. Salvo contadas excepciones, no existe en nuestro ordenamiento dicha reserva a favor de la autonomía individual y el principio rector –se cumpla o no– es que la autonomía colectiva

⁴⁶ F.D. Séptimo de la STS de 1 de junio de 2007.

⁴⁷ F.D. Séptimo.

Para la AN la existencia de dos regímenes para el complemento de antigüedad, el del anterior convenio en ultractividad y el nuevo pacto es una consecuencia necesaria de la aplicación de dos normativas perfectamente válidas ni existen pruebas que demuestren su carácter peyorativo. F.D. Cuarto, SAN de 24 de enero de 2006, que sirve de base a este recurso.

resulta un instrumento más garantista de la posición contractual del trabajador. Ahora bien, no parece que éste sea el razonamiento del TS ni que la pretensión sea llegar a tal conclusión, sino que nos conduce justo al resultado contrario. La lectura más atenta del pasaje nos confirma que lo que el TS ha querido decir y dice es que las materias idóneas para la negociación extraestatutaria están restringidas a los espacios que, según la Ley el convenio estatutario, válidamente pueda ocupar el contrato. Se hace evidente una clara contractualización (por restricción) de la negociación extraestatutaria que choca frontalmente con el contenido deducido jurisprudencialmente del art. 37.1 CE y de la autonomía colectiva sindical (art. 28.1 CE).

Del mismo tenor la conclusión sobre el régimen de la movilidad geográfica establecida en el convenio discutido⁴⁸. El pacto mejora para su ámbito limitado lo dispuesto en materia de movilidad geográfica con respecto a lo dispuesto en el convenio y propio ET, por tanto es un pacto más ventajoso (veamos que el TS elude en todo momento referirse literalmente a la condición más beneficiosa) y en ello estriba su validez⁴⁹. Una vía abierta a nuevos conflictos puesto que hay que resolver después cuál sea la suerte que puedan correr estos pactos más ventajosos: ¿son inmunes al convenio estatutario posterior?; ¿qué sucede si las adhesiones a un hipotético convenio extraestatutario posterior no son idénticas?; ¿permanece vigente la mejor condición para los no representados o adheridos al pacto posterior si éste es peyorativo?

En materia de promoción y clasificación profesionales el argumento se clarifica en lo que se refiere a delimitar contenidos de ambos tipos de convenio,

⁴⁸ F.D. Duodécimo.

⁴⁹ “Se alega de nuevo el carácter de generalidad de la cláusula, cuestión sobre la que no es necesario hacer otras consideraciones que las anteriormente expuestas, y aduce también la irregularidad que supone la modificación de lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario por contrato individual o pacto de otra naturaleza. No cabe entender que el pacto combatido modifique “in peius” el convenio estatutario que, en su artículo 9.2, b) establece que “En materia de movilidad geográfica, los empleados tienen derecho a no ser trasladados forzosamente a centros de trabajo situados fuera de Navarra, y viceversa”, es decir, conforme al convenio colectivo la empresa puede acordar el traslado forzoso de los trabajadores, sin límite espacial alguno, aunque dentro de la Comunidad Autónoma de Navarra; en tanto que el acuerdo de eficacia limitada, sin desvirtuar la cláusula del convenio estatutario, establece claramente que la empresa no puede, sin el consentimiento de los trabajadores, trasladarlos a un centro de trabajo, aun situado en Navarra, distante más de 50 kilómetros de donde tengan fijado su centro de trabajo; ese régimen que para la movilidad geográfica establece el artículo 52 del pacto es sin duda más ventajoso que el previsto en el I Convenio de Empresa y en el artículo 40 del Estatuto de los trabajadores, y así lo reconoce la sentencia de instancia, sin que el recurrente acredite otra cosa ni la voluntad de los trabajadores que se han adherido al pacto sea expresión de un cambio peyorativo en esta cuestión; por eso conviene recordar que estamos ante un pacto que ha sido aceptado por la totalidad de la plantilla, excepto un trabajador, y que la adhesión al mismo es voluntaria”. F.D. Duodécimo.

pero deja algunas interrogantes sin resolver. El sistema clasificatorio establecido en la D.A. primera del convenio extraestatutario revisado en esta sentencia pretende sustituir al establecido en convenio en período de ultractividad. Para la Audiencia Nacional, no existe modificación in peius del sistema clasificatorio, ni se extiende a otros trabajadores que los representados y adheridos, por tanto rige la libertad de pactos, puesto que el art. 22 no distingue entre los tipos de negociación ni instaura reserva alguna a favor de la estatutaria⁵⁰.

El Tribunal Supremo disiente de esta solución. Hace suyo el argumento de la recurrente en el sentido de que “todo lo relacionado con la clasificación profesional, la promoción profesional y la clasificación de las oficinas, tiene connotaciones y alcance general para toda la plantilla de la empresa, con un efecto que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, y en efecto así es, porque en esos asuntos la nueva regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar la relación de trabajadores o grupos de trabajadores concretos, sino a la totalidad de ellos, por cuya razón el artículo 22 citado, para la clasificación profesional, y el artículo 24, para la promoción, se han remitido para su regulación a pactos de eficacia general, y en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo. Siendo eso así, la regulación de las materias a las que nos referimos no puede asumirla un pacto que de suyo tiene fuerza normativa limitada, precisamente para que surta efectos más allá del ámbito representativo que encarnan los negociadores. Por esa razón adolecen del vicio de nulidad las cláusulas que incorporan los artículos 10, 11, 12, 13, 16 y 17 del pacto, por incidir en el vicio apuntado de su aplicación generalizada, y lo mismo sucede con la disposición adicional primera al instaurar un sistema de clasificación profesional que sustituye al anteriormente establecido en el convenio colectivo estatutario”⁵¹.

Desde este planteamiento, el convenio extraestatutario cede, no solo ante el convenio regulado en el Título III ET, sino ante cualquiera de los pactos reclamados por el legislador estatutario; es la eficacia general o limitada la barrera que se erige para delimitar esferas competenciales de una y otra negociación. Se alumbra así una reserva negocial no prevista por el legislador y deducible del objeto de la materia a negociar. Una premisa que no se corres-

⁵⁰ SAN de 24 de enero de 2006, F.D. Cuarto.

⁵¹ F.D. Sexto.

ponde con las competencias que en materia clasificatoria otorga el legislador al contrato de trabajo ni tampoco con el criterio utilizado por el TS en esta misma sentencia al analizar el régimen de complemento de antigüedad o el de la movilidad geográfica. En definitiva, ¿habríamos de concluir entonces que a falta de convenio y pacto estatutarios estos convenios atípicos siguen siendo instrumento no hábil para determinar la clasificación o promoción profesionales?

Más discutible resulta el argumento en otros aspectos de la regulación convencional en los que los contenidos, entienden los órganos juzgadores, se declaran expresamente atribuidos (o reservados a la negociación estatutaria). Sucede en materia de competencias disciplinarias, Seguridad Social complementaria y comité intercentros. La implantación, constitución, competencias y funcionamiento del comité intercentros es materia reservada por el ET al convenio estatutario (art. 63.3 ET). En el caso concreto, es la alteración de lo dispuesto en el ET –y del convenio estatutario que copia literalmente la formulación legal– lo que da lugar a la declaración de nulidad⁵². Hace suyo el TS el argumento utilizado por la AN en el sentido de que cuando un pacto o convenio atípico repite literalmente el convenio vigente es válido porque no se produce vulneración alguna⁵³. Deja, sin embargo, sin cita la consideración de la AN respecto a la incompetencia del convenio extraestatutario para alterar las funciones del comité intercentros, aunque lo sea mediante una regulación más favorable como sucede en el supuesto de hecho respecto de las funciones de información. Para la AN, y por asentimiento tácito para el TS, dado que el convenio colectivo –estatutario– reproduce el ET en el sentido de que el comité intercentros no podrá tener otras funciones que las asignadas en convenio, se declaró en instancia la nulidad de la disposición convencional⁵⁴ que en vía de recurso no discute el TS. Repárese que aquí el argumento solo puede sostenerse si entendemos que estamos ante una disposición absolutamente imperativa –de orden público– que no permite modificación favorable y por ello se viene a primar como criterio de relación excluyente el de jerarquía normativa⁵⁵.

Competencias disciplinarias⁵⁶ y Seguridad Social complementaria⁵⁷ son materias sobre las que pesa igualmente una reserva de negociación estatutaria según apreciación jurisprudencial. Ésta no se entiende vulnerada cuando el

⁵² F.D. Octavo.

⁵³ SAN, F.D. Cuarto.

⁵⁴ SAN, F.D. Cuarto.

⁵⁵ Coincide con la declarada sumisión del contrato al convenio. El TC ha establecido con claridad la capacidad del convenio para imponerse a los contratos. Sentencias TC 208/1993, de 28 de junio y 107/2000, de 5 de mayo, (aunque nos encontremos ante una mejora retributiva voluntaria establecida con criterios objetivos que pueda mejorar el convenio).

⁵⁶ STS, F.D. Undécimo.

convenio extraestatutario reproduce literalmente el convenio estatutario en vigor⁵⁸. Entendiendo el órgano juzgador de instancia que resulta irrelevante la inclusión del acoso puesto que la sanción disciplinaria para este comportamiento ya está prevista en el texto del ET⁵⁹.

Y, por último, se revisan las competencias atribuidas a las dos comisiones paritarias a que da vida el convenio extraestatutario. El Tribunal Supremo repasa la doctrina emanada del TC en el sentido de deslindar las competencias de estas comisiones –de administración de lo convenido o negociadoras– y su relación con el derecho de libertad sindical⁶⁰. Cuando para estas comisiones paritarias no se prevén funciones de negociación es lícito que la participación se restrinja a los firmantes del pacto, en caso contrario resultaría afectado el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos y por ello vulnerada la libertad sindical de los excluidos⁶¹. Pasa de puntillas el TS sobre las competencias de estas comisiones, de selección, formación y promoción, una, y de tiempo de trabajo y productividad, otra. Para la primera entiende el TS que su objeto es que “la representación social disponga de la máxima información para realizar un seguimiento integral de todos los procesos, pero en absoluto se le faculta para modificar las condiciones de trabajo”; en cuanto a la segunda, ninguna reserva despierta en el Tribunal el hecho de que la citada comisión –con la misión de analizar las cargas de trabajo y elaborar un estudio de las condiciones de trabajo, pueda proponer en su caso a la dirección de la empresa lo necesario para la optimización de la jornada laboral. No son esto competencias negociadoras. Algo de recelo debieran suscitar unas comisiones que con carácter fáctico pueden desinteresar al empresario para negociar estos temas con sujetos distintos y con efecto jurídico diverso, para retrasar o hacer innecesario el convenio estatutario. El de por sí limitado juego del deber de negociar de buena fe residenciado en el ET, y por ello parece que no aplicable a la negociación extraestatutaria, se muestra ineficaz para bloquear lo que podrían considerarse comportamientos antisindicales del empresario cuando, por ejemplo, se hiciera fracasar la negociación estatutaria para elegir al interlocutor más “blando” o para sacar del convenio estatutario los contenidos deseados.

No entra el TS a corregir la errónea tesis de la AN cuando estima que solo en un supuesto se podría entender vulnerada la libertad sindical porque a la comisión se le atribuyen competencias de negociación. Como no ha sido impugnada la concreta cláusula convencional la Audiencia no entra en su valo-

⁵⁷ F.D. Decimotercero.

⁵⁸ STS, F.D. Decimotercero.

⁵⁹ SAN, F.D. Cuarto.

⁶⁰ STC 73/1984, de 27 de junio, F.J. 3.

⁶¹ STC 184/1991, de 30 de septiembre, F.J. 3 y ss.

ración, pero sí afirma que solo en el caso de que se ejercieran dichas competencias por la comisión se estaría vulnerando el derecho fundamental a la libertad sindical alegado⁶².

4. CONCLUSIONES: UNA VEZ MÁS LA INCERTIDUMBRE DEL DERECHO

La STS que aquí se comenta recopila y reafirma la doctrina de este órgano jurisdiccional, ya conocida, sobre la llamada negociación extraestatutaria y su producto más típico, el llamado convenio o pacto atípico. Este fallo nos muestra un completo recorrido por los diferentes aspectos del régimen jurídico “alegal” del convenio extraestatutario: fundamento constitucional, naturaleza y efectos, límites. Merece que se le preste atención a la situación incierta en que se coloca a estos productos de la negociación colectiva, para los que no puede descifrarse una única naturaleza y efectos, y a su progresivo deterioro como producto convencional cuando el polo de comparación es el convenio estatutario.

Ello es consecuencia del loable esfuerzo de nuestros tribunales, y muy señaladamente del TS, por hacer compatible el doble modelo negocial que hace tiempo se instauró en nuestro país. Hace años que nuestro TS viene encajando, pero fallo a fallo, sin doctrina general podríamos decir, las inciertas relaciones que en el panorama de las fuentes genera esta singular peculiaridad de la doble modalidad del típico producto negocial: el convenio colectivo, versión estatutaria y la extraestatutaria. Si hubiera que concluir con una frase sobre la doctrina del TS al respecto, yo diría que esa compatibilidad es posible porque el TS ha atribuido al convenio extraestatutario una naturaleza esquizofrénica, que se comporta como un contrato cuando se le relaciona con la negociación estatutaria (convenio o pacto), haciendo jugar el principio de jerarquía normativa –y su modalidad laboral de principio de norma mínima– entre ambas modalidades de convenio, y que muda radicalmente su naturaleza cuando el contraste es con el contrato, convirtiéndose entonces en un convenio de naturaleza normativa, donde ahora juegan para imponerse los mismos principios que en el supuesto anterior lo hacían bajar de escalón en la pirámide de fuentes.

Éste es el resultado, que aboca a la elaboración de una teoría de las fuentes segmentada, con imposibilidad de afrontar la resolución de conflictos o la simple articulación cuando concurren a la vez fuentes convencionales de distinto tipo y obligacionales. Pero el camino es aún más sinuoso porque el TS se ha empeñado en mantener que hay productos normativos de eficacia limitada

⁶² SAN, F.D. Cuarto.

–el convenio extraestatutario– y que ese es el único atributo que lo distingue del convenio estatutario; o que existen productos negociales con eficacia general y naturaleza obligacional –los pactos estatutarios–⁶³; o que el convenio atípico puede ser fragmentado y contrastado cláusula por cláusula para compararlo con el estatutario, perdiendo en este caso, no ya todo carácter normativo, sino su propia función como modalidad negocial que lleva en sí la exigencia de equilibrio interno. Esta segunda situación es la que nos describe la STS de 1 de junio de 2007, punto por punto, con excepción de las cuestiones relativas a promoción y clasificación profesional.

La inaplicación de todo precepto del Estatuto a esta modalidad de negociación la hace verdaderamente más flexible que la rigidez que aqueja a la negociación estatutaria e invulnerable a ésta. Entre ambas no se aplican criterios de prelación alguno, ni en el tiempo, ni en los ámbitos, ni en los contenidos, salvo contadas excepciones. Éste probablemente sea el aspecto más importante de la sentencia que comentamos: la idoneidad o no de la negociación extraestatutaria para abordar los mismos contenidos que la negociación tutelada por el ET; tema sobre el que pasa de puntillas el TS y que decide resolver de un modo distinto, recurriendo a la teoría civil para afirmar que es el artículo 6 del Cc el que fundamenta la declaración de nulidad parcial del convenio extraestatutario en la medida en que rompe la prelación de fuentes y el necesario sometimiento del pacto al convenio en ultraactividad. Ésta es una afirmación explícita en la SAN y está implícita en todo el razonamiento del TS al ir contrastando punto por punto ambos convenios.

A juicio de la AN y el TS, el ET no contiene exclusión alguna del objeto de la negociación atípica pero sí un claro propósito de no dejar al margen del convenio –estatutario– materias que poseen un alcance general. Existiría entonces, para la AN, una especie de prohibiciones implícitas de acudir al pacto extraestatutario en dichas materias. La tesis general la expresa el T.S. en los siguientes términos. “Cuando la Ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional(...), hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta transcendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal”⁶⁴. El argumento de la distribu-

⁶³ La propia jurisprudencia ha resaltado esta contradicción o confusión entre eficacia jurídica y personal. Vid. STSJ de 1 de septiembre de 1993 (País Vasco, AS 1993/4117). Expresamente en aquél sentido: SSTCT de 16 de septiembre de 1985 y de 19 de febrero de 1985.

⁶⁴ F.D. Séptimo de la STS de 1 de junio de 2007.

ción competencial entre negociación estatutaria y extraestatutaria se clarifica en algunos pasajes de esta sentencia, en las materias relativas a clasificación y promoción en lo que se refiere a delimitar contenidos de ambos tipos de convenio, pero se incumple en otros (sustituido por el mayor favor) y deja algunas interrogantes sin resolver, probablemente porque una vez más la doctrina general cede y se diversifica para la resolución del caso concreto, lo que nos devuelve a un panorama regulador cuajado de incertidumbres. No es argumento sin excepciones que utilice el TS en este fallo –más bien incumple su propia regla– pese a que algunas de las materias discutidas, complementos salariales, movilidad geográfica, están dotadas de la generalidad suficiente como para haber excluido la posibilidad de negociación o pacto extraestatutario. Lo que nos conecta con el otro aspecto relevante de la sentencia.

En este fallo el segundo aspecto interesante es la funcionalidad que el TS atribuye al convenio extraestatutario, que no es otra que la que atribuiríamos a un contrato respecto del convenio colectivo normativo aplicable. Lo hace así el TS en tres aspectos que no ofrecen duda. Primero, cuando niega a las partes el poder de calificación del convenio y la sustitución de lo acordado por lo dispuesto en la fuente normativa de referencia. Segundo, al aplicar la nulidad parcial del convenio extraestatutario –ignorando el principio de equilibrio interno– al contrastarlo con el convenio colectivo en período de ultraactividad y, eso sí, evitando en todo momento aludir a la existencia de condiciones más beneficiosas, pero no por ello dejando de aplicar el instituto para revisar la validez de lo acordado colectivamente al margen del ET. Tercero, y lo hace cuando, muy de pasada, se refiere a los contenidos (y función) que puede abordar el convenio extraestatutario, que son los mismos que se reservan al contrato de trabajo.

El régimen más beneficioso del convenio extraestatutario respecto al convenio estatutario vigente, revisado cláusula por cláusula, nos da, según el TS, el criterio de interpretación para afirmar la validez o nulidad de las distintas disposiciones que integran el convenio extraestatutario.

EJERCICIO Y LÍMITES DEL *IUS VARIANDI* DEL EMPRESARIO

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,
de 25 de febrero de 2008*

CARMEN MORENO DE TORO
M^a JOSÉ RODRÍGUEZ CRESPO*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora ha venido prestando servicios desde 1993, con la categoría de Licenciado–Jefe de Departamento. La actora comenzó en la empresa como administrativo en el Departamento Laboral y posteriormente como Jefa del Departamento de Personal. Ha realizado también labores de Jefa de Tesorería.

A principios del año 2006, la empresa inicia una reorganización interna contratando a dos personas: una de ellas como Responsable de Organización, para ocuparse de todas las cuestiones relativas al funcionamiento interno de la oficina. La otra persona, se ocuparía de las relaciones con los clientes.

La trabajadora objeto del litigio, que había manifestado su deseo de que se le relevase de la responsabilidad de tesorería, es nombrada Directora de Calidad.

La trabajadora objeto del litigio solicita la extinción de su contrato de trabajo en virtud del artículo 50.1, a) del ET, al considerar que la disminución de sus funciones y responsabilidades en la empresa supone un perjuicio profesional y un menoscabo de su dignidad. La demanda es desestimada.

RESUMEN: La resolución judicial objeto de análisis da por válida la modificación en la prestación laboral de la trabajadora, desestimando la pretensión de resolución contractual.

* Profesoras TU y Colaboradora, de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, respectivamente.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
 - 1.1. PODER DE DIRECCIÓN Y *IUS VARIANDI*
 - 1.2. EL ESPECÍFICO *IUS VARIANDI* DEL EMPRESARIO
2. LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO MOTIVO VÁLIDO PARA EL EJERCICIO DEL *IUS VARIANDI*
3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EL EJERCICIO DEL “*IUS VARIANDI*”. ¿ES POSIBLE?

1. PLANTEAMIENTO

1.1. Poder de dirección y *ius variandi*

La sentencia plantea la licitud de la decisión empresarial de modificar las funciones a realizar por el trabajador.

Nuestra Constitución reconoce al empresario el derecho a crear empresas y a organizarlas como reflejo de los derechos de propiedad y de libertad de empresa reconocidos en los arts. 33 y 38 de la misma.

En el ámbito empresarial cristaliza en el poder de dirección que faculta al empresario para la ordenación del entramado de relaciones laborales que surgen en la empresa en la consecución de una mejor competitividad y productividad que permitan la obtención de beneficios.

La evolución de la normativa laboral, inicial freno de la autoridad empresarial, ha ido orientada a reforzar este poder¹. El impulso flexibilizador² ha llevado a reducir el intervencionismo estatal y, en lo que nos interesa, a ampliar las facultades directivas del empresario³.

A través del contrato de trabajo, el empresario y el trabajador fijan el objeto del mismo, la prestación a realizar – arts. 20.1 y 22.5 ET– pero también, es cierto, que tal prestación ha de adecuarse a las circunstancias que concurren en cada momento en la actividad empresarial y, en consecuencia, es la misma

¹ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER M., “Poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas”, en AAVV. “El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas”. (Coord. Escudero Rodríguez R.). Colección Relaciones Laborales. Ed. La Ley. 2005, pg. 3. Vid. también del mismo autor, “Poder de dirección y derecho contractual”, en AAVV. “El poder de dirección...”, op. cit. pgs. 6 y ss.

² Vid. MONTOYA MELGAR A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”. RMTAS nº 23/2000, pg. 29.

³ Sobre la evolución de este poder en la que inciden factores como los avances tecnológicos, la economía y la ideología, vid. LOY G., “El dominio ejercido sobre el trabajador”, en AAVV. “El poder de dirección...”, op. cit., pgs. 59 y ss. En la misma línea, vid. PUJOLAR O., “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de dirección y gestión del trabajo”, en AAVV. “El poder de dirección...”, op. cit., pgs. 131 y ss.

susceptible de modificación. Esta adaptación a las necesidades de la empresa entra dentro del poder de dirección, lo que podrá llevar a cabo el empresario dentro de su ejercicio regular –art. 20.2 ET– o con algunas limitaciones legales –art. 41 ET–.

Son escasos los supuestos recogidos en la norma colectiva de participación de los trabajadores en alguna de las facultades de la dirección empresarial; fundamentalmente, se materializan en la posibilidad de emitir informes sobre tales extremos⁴; un ámbito mayor dependerá de la voluntad del empresario⁵.

El empresario ejerce la dirección y organización de la empresa y a ellas quedan sujetas las prestaciones a realizar por el trabajador⁶ puesto que es imposible que éstas puedan quedar absolutamente prefijadas en el contrato y que se puedan prever, además, las alteraciones de las circunstancias a lo largo de la relación que exijan una modificación de dichas prestaciones encomendadas al trabajador. Y es que el contrato de trabajo da origen a una relación laboral que se desenvuelve en el tiempo y que exige la adaptación a las nuevas realidades. Los límites a este poder vendrán derivados de la regulación que el Estatuto hace de los distintos aspectos de la relación laboral⁷.

1.2. El específico *ius variandi* del empresario

Como venimos señalando, el empresario va a poder introducir cambios en las funciones a realizar por su empleado y previamente pactadas. No obstante, estos cambios de producirán dentro de unos márgenes que fija la ley atendiendo a la relevancia de los mismos. A juicio de ROMÁN DE LA TORRE, mientras el poder de dirección se desenvuelve dentro del ámbito del trabajo convenido, ajustando y adaptando el mismo e introduciendo cambios necesarios pero no esenciales, el *ius variandi* permite al empleador prescindir del contrato como marco que delimita el trabajo pactado e introducir cambios extraordinarios⁸. Este *ius variandi* será una manifestación de aquél⁹.

⁴ Vid. Art. 64 1, d) en relación a la implantación o revisión de sistemas de organización y control de trabajo.

⁵ Vid. MONTOYA MELGAR A., “*Nuevas dimensiones jurídicas...*”, op. cit., pg. 31.

⁶ Vid. Arts. 1, 20, 24, 39, 40 ET.

⁷ Vid. CRUZ VILLALÓN J., “*Compendio de Derecho del Trabajo*”. Ed. Tecnos 2008, pg. 165.

⁸ Vid. De la autora, “*Poder de dirección y contrato de trabajo*”. Ed. Grapheus. Valladolid. 1992, pg. 96 y ss.

⁹ Vid. MONTOYA MELGAR A., “*El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas*”. RMTAS nº 48/2004, pg. 136.

En virtud del art. 39 ET, el empresario está facultado para modificar el contenido de la prestación laboral en lo que se refiere a las funciones a realizar por el trabajador. Se le pueden encomendar a éste funciones superiores o inferiores a las fijadas en el contrato siempre que estén dentro de las asignadas a su grupo profesional o categorías equivalentes o incluso fuera de las mismas. En el primer caso, nos encontramos con el *ius variandi* ordinario y el segundo es calificado como extraordinario¹⁰.

Así, el empresario gozará de libertad para atribuir otras funciones pero éstas han de ser las propias que deriven de la titulación académica del trabajador y dentro de su grupo profesional o categoría equivalente siempre que lo considere conveniente para la marcha de la empresa y durante el tiempo que estime necesario puesto que no han de concurrir circunstancias extraordinarias ni ser durante períodos predeterminados.

Sólo en el caso de que se atribuyan funciones que no correspondan al grupo profesional al que pertenece el trabajador es cuando la ley exige especiales garantías. Estas se concretan en exigir la concurrencia de razones técnicas u organizativas que justifiquen los cambios, que se haga por el tiempo imprescindible y, en caso de atribuirse funciones inferiores, que venga justificado por una necesidad perentoria o imprevisible de la empresa.

Hay más posibilidades de introducir cambios en la prestación del trabajador pero éstas quedan fuera del ámbito del *ius variandi* y, por tanto, de la decisión unilateral del empresario. Será, entonces, necesario el concurso de otras voluntades, del trabajador o de sus representantes y así se refleja en el apdo. 5 del art. 39 ET. En efecto, dicho precepto permite el cambio de funciones a otras distintas a las pactadas mediando el acuerdo entre las partes. Otra vía que prevé el precepto es acudir a lo indicado en el convenio colectivo cuando se ha previsto tal posibilidad y se han fijado las reglas al efecto¹¹. Y la tercera vía mencionada es la fijada por la propia ley estatutaria en el art. 41¹².

¹⁰ Vid. MONTOYA MELGAR A., “Nuevas dimensiones...”, op. cit. pg. 41.

¹¹ Vid. AGUILERA IZQUIERDO R., “La organización del trabajo como objeto de regulación en los convenios colectivos de ámbito nacional”. RMTAS nº 23/2000, pg. 120 y ss.

¹² Estas vías que dependen de la voluntad colectiva o individual de las partes pueden resultar más peligrosas para los intereses de los trabajadores por la posición privilegiada del empresario, dada la desigualdad real que existe entre las partes, pero resultan justificadas al dar cabida a posibles negociaciones de contrapartidas entre ellas. (Vid. CRUZ VILLALÓN J., “Las modificaciones de la prestación de trabajo”. Madrid. 1983, pg. 341).

2. LA REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL COMO MOTIVO VÁLIDO PARA EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

Como hemos mencionado, la determinación de la prestación laboral se produce en el momento de la firma del contrato de trabajo, mediante acuerdo entre empresario y trabajador. Pero la especificación de la prestación debida se produce de forma posterior, si bien dentro de los límites marcados por la prestación previamente determinada¹³. De esta forma, el empresario va precisando de forma progresiva, a lo largo de toda la relación laboral, el contenido de la prestación de trabajo que ha sido convenida con el contrato de trabajo, por lo que resulta imprescindible que el trabajador se someta al poder de especificación que posee el empresario.

En el ámbito de la relación privada que es el contrato de trabajo, el empresario ostenta la posición de deudor. El poder que tiene y las facultades que comporta el poder de organización son un factor básico del ejercicio del derecho de crédito que tiene el empresario respecto de la prestación de servicios que debe ser realizada por el trabajador.

Esta facultad se concreta en una gran variedad de actos jurídicos, como son las órdenes destinadas a especificar la prestación laboral, las decisiones de variación (*ius variandi*, modificación sustancial y movilidad geográfica y funcional), así como las de suspensión y extinción. Todos estos actos poseen una misma finalidad: la de atender a la satisfacción del derecho de crédito del empresario.

Ocurre, a veces, que las empresas se enfrentan a situaciones que exigen una acomodación o adaptación a ellas de la prestación convenida. El Estatuto de los Trabajadores permite que, ante el acaecimiento de situaciones tasadas por la Ley, a través del artículo 20 ET, el empresario pueda llevar a cabo la adaptación de determinados aspectos de la relación laboral como la del lugar en el que se desarrolla la actividad laboral o la de las funciones a desempeñar por el trabajador. E incluso, si aceptamos una concepción más amplia de este poder, el empresario puede decidir la suspensión de la relación laboral. Estaríamos entonces ante una manifestación del poder de dirección ordinario del empresario incluida en el ámbito de los arts. 5.c) y 20.1 ET¹⁴.

¹³ VALLE MUÑOZ, F.A. “*La movilidad funcional del trabajador en la empresa*”. Ed. CES. 1998, pág. 153, en línea con la doctrina mayoritaria.

¹⁴ GÁRATE CASTRO, J. “*La movilidad funcional*”. REDT n.º. 100, pág. 831. Según este autor, las facultades de organización que corresponden al empresario son de grado distinto, desde el punto de vista de la intensidad y calificación de éstas, al correspondiente a la movilidad funcional a la que se encuentre unida. Así, cabe que la misma sea constitutiva de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que, por el contrario, el cambio de puesto no rebase el ámbito del ejercicio del poder de dirección ordinario.

No se trata éste de un poder que permita al empresario establecer obligaciones distintas de las pactadas de forma individual, sino que es más una labor de especificación progresiva del comportamiento que ha de llevar a cabo el trabajador en ciertos momentos de la prestación laboral.

La reorganización productiva que se produce en el supuesto de hecho analizado provoca que el empresario se vea encaminado a contratar más personal, el cual asume las funciones anteriormente desempeñadas por la trabajadora demandante, sin que, no obstante, se produzca ningún cambio en su categoría profesional ni en su salario. El nombramiento de la actora como Directora de Calidad, dejándole de asignar las labores que hasta entonces venía realizando en materia de personal y tesorería y encomendándole las funciones propias de la dirección de calidad (definición de procedimientos internos, presupuestos, asignación y control de tareas, control de calidad, etc.), se encuadran dentro del poder de dirección del empresario, y de forma más concreta, dentro del denominado *ius variandi* empresarial.

Como hemos expuesto, en la sentencia comentada, la reorganización de la empresa derivó en una ampliación de la plantilla; en estas condiciones, a la actora se le releva de parte de sus funciones, de alguna de las cuales ya había pedido ser relevada como de las de tesorería, para dedicarla exclusivamente a las de dirección de la calidad de la empresa. Excepcionalmente también se le encomendaron funciones inferiores, concretamente la de recepcionista.

La posibilidad reconocida por el Estatuto de los Trabajadores al empresario para llevar a cabo la adaptación de las funciones del trabajador a las necesidades de las empresas obedece a la finalidad de alcanzar una mejor organización del trabajo y de la producción, así como un ahorro en los costos que mejorará la cuenta de resultados de la empresa y su posición competitiva en el mercado¹⁵.

La adscripción del trabajador a una determinada categoría profesional hace referencia a una especial capacitación profesional del mismo, cuya efectividad viene determinada por las facultades del empresario, por lo que en un momento dado pueden prestarse trabajos que aisladamente considerados forman parte del contenido funcional de otra categoría distinta, superior o inferior. Esta circunstancia no implica que se realicen funciones que no corresponden al trabajador ni que ello obligue al empresario a retribuirle de forma diferente. La adscripción a la Dirección de Calidad no altera su encuadramiento profesional en cuanto que ya las había desempeñado.

La realización de funciones mixtas pero no plenas de trabajos de ambas categorías respondería al *ius variandi* del empresario dentro del grupo profe-

¹⁵ MONTOYA MELGAR, A. “Nuevas dimensiones...”, op. cit. pág.40.

sional sin que ello genere, por tanto, un derecho al percibo de las retribuciones íntegras de la categoría superior porque las funciones de ésta no se desempeñan habitual y plenamente¹⁶.

En esta línea sería discutible la orden de ocupar un puesto en la recepción de la empresa que se encomienda a la actora dado que la ley exige, al ser diferente grupo profesional, la concurrencia de necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva para estar justificadas; aún así, su escasa extensión en el tiempo –debía desempeñarlo durante una hora– y la aceptación por parte de la actora, la convierte en irrelevante y no puede considerarse como atentatoria contra la dignidad y formación profesional de la trabajadora, cualidad de la conducta empresarial en la que funda su reclamación.

El art. 39 ET condiciona la movilidad funcional a ciertos límites. Ello implica que no se atribuye al empresario la facultad omnímoda que le permita cambiar de forma arbitraria a sus trabajadores en las funciones habitualmente desempeñadas sino que se halla limitada por principio de la buena fe, inspiradora de toda relación jurídica¹⁷. Si la asignación de un nuevo puesto de trabajo al empleado presenta visos razonables de atender a una reorganización productiva de medios efectuada con el propósito de mejorar o favorece de algún modo el funcionamiento de la empresa, su decisión será intocable¹⁸. Ello determina que, como señala la STS de 11 de octubre de 2005¹⁹ y la citamos a título de ejemplo, entre dentro del poder de dirección del empresario la decisión adoptada por la empresa de que los locutores, redactores y ayudantes de redacción hagan al mismo tiempo funciones que le corresponden a los “operadores de sonido”, relativas a los aspectos técnicos para la emisión de las noticias. Por lo que, en el caso comentado, no encontramos obstáculo para que el empresario asigne a Dña. Silvia funciones de calidad al estar éstas incluidas en las funciones propias de su categoría profesional.

En otro orden de cosas sería posible que la configuración convencional o contractual de la relación de trabajo imponga límites al *ius variandi* empresarial, incluida la facultad de imponer medidas de movilidad funcional como pone de relieve la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 19 de 2008²⁰.

¹⁶ STSJ de Madrid de 5 de febrero 2008 (AS. 2008/2197), comentada por ÁLVAREZ MORENO, A. “Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de febrero de 2008, relativa a las condiciones exigibles para el cese en el ejercicio de funciones de superior categoría”. Revista Jurídica del Deporte n.º. 24/2008. Aranzadi. Pamplona. 2008.

¹⁷ STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 13 de julio 1993 (AS. 3689/1993).

¹⁸ STSJ Canarias (Sala de lo Social) de 30 de diciembre 1993 (AS. 5238/1993); STSJ Sevilla (Sala de lo Social) de 15 de octubre 2007.

¹⁹ STS (Sala de lo Social) Sentencia de 31 octubre 2005 (A. 2006/451). En la misma línea, STSJ (Sala de lo Social) de Castilla-La Mancha de 5 diciembre 2006 (AS 2006/212).

²⁰ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 19 diciembre 2007 (AS 2007/784).

Significa esto que una medida de modificación no sustancial de las condiciones de trabajo puede ser considerada ilegal cuando vulnera derechos del trabajador, incluyendo por supuesto entre los mismos no solamente los derivados del convenio colectivo que sea de aplicación o de su contrato de trabajo, sino también, como es obvio, los derechos fundamentales de índole constitucional. En concreto, también la facultad empresarial de imponer variaciones en el contrato de trabajo no puede implicar la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador que ha ejercido sus derechos, de manera que cuando nos encontremos ante medidas de represalia por el ejercicio de derechos dicha represalia estaríamos ante una vulneración del derecho mismo, con la relevancia constitucional que ello tiene cuando se trata de un derecho fundamental²¹.

Dentro de los límites legales indicados, el empresario goza de total libertad para ejercer su facultad ejecutiva de variación de funciones laborales, y el trabajador queda, por tanto, obligado al cumplimiento de las órdenes correspondientes²².

La actora solicita la resolución del contrato en cuanto que las modificaciones llevadas a cabo atentan contra su dignidad, lo que está prohibido por el art. 39.3 ET. Según pone de relieve la Sentencia en estudio, “no puede argumentarse que la merma de funciones y responsabilidades en la empresa produzca un menoscabo en la dignidad de quien es el sujeto pasivo de la modificación decidida por el empresario”, asumiendo, de esta manera, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo²³.

La adopción de la medida por parte del empresario de relevarla de sus funciones como Jefa del Departamento de Personal y de Tesorería no responde a represalias contra su persona ni implica una vulneración de sus derechos fundamentales sino que se ha debido a la reestructuración interna de la que ha sido objeto la empresa.

Evidentemente, la libertad empresarial de organización del trabajo está condicionada jurídicamente a su funcionalidad productiva, de manera que tiene como límite, incluso dentro de los límites de su “ius variandi” débil o no sustancial, la ilicitud de aquellas medidas que se adoptan con finalidad de represalia frente al ejercicio de derechos laborales del trabajador y, desde luego, de sus derechos fundamentales que no pueden ser vulnerados arbitrariamente por el

²¹ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) de 19 diciembre 2008 (AS 2008/784).

²² MONTOYA MELGAR, A. “Nuevas dimensiones...”, op. cit. pág. 41.

²³ Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo. Vid. Sentencias de 8 de febrero 1993 (A. 749/1993), 27 de julio 1990 (A. 6483/1990), entre otras.

mero hecho de que las decisiones empresariales no excedan de los límites de la “sustancialidad”. No es éste el caso.

La facultad que posee el empresario, dentro del poder de dirección de reestructurar las funciones de determinados trabajadores de la empresa o de suprimirlas, relevándolos de ciertas competencias que venían desempeñando, como ha ocurrido en el caso de la trabajadora de la sentencia que comentamos, no puede calificarse de ilícito sino que está comprendido dentro de dicho poder empresarial. La merma de tareas, que no supongan vejación de la persona del trabajador, y siempre dentro de los límites legales que marca el art. 39 ET, entra dentro de la facultad de especificación empresarial de la prestación laboral²⁴.

En relación a la inexistencia de causa que justifique la alteración de las funciones de la trabajadora hay que decir que dicho requisito no es necesario como reiteradamente se han manifestado los Tribunales. Así, han dictaminado que el empresario está legitimado para ejercer la variación de funciones por motivos de reestructuración empresarial sin sujeción a requisito causal alguno²⁵ ni control previo sobre su pertinencia, ni control de los representantes de los trabajadores ni de ninguna instancia pública. Además, puede imponer la adaptación o variación de funciones todo el tiempo que desee. En consecuencia, la trabajadora no podrá oponerse a la variación alegando falta de causa, puesto que no se exige ninguna, ni extralimitación en el tiempo, puesto que no existe límite temporal²⁶. Tampoco puede alegar, como sí hace la actora, que la medida adoptada suponga un trato vejatorio hacia su persona, en la medida en que la alteración de sus funciones no supone una alteración en el ámbito subjetivo o personal de la trabajadora²⁷.

²⁴ En la misma línea, STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 25 de febrero 2008 (AS. 155/2008); STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social) de 15 de enero 2008 (AS 2008/1084); STSJ Sevilla (Sala de lo Social) de 15 de octubre 2007.

²⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social) de 6 marzo 2006 (AS 2006/2431).

²⁶ “En ejercicio de su «*ius variandi*» ordinario está legitimado para proceder a tales cambios sin invocación de causa alguna, con plena discrecionalidad, si bien respetando el principio de que el cambio o puede imponer una función o tarea cuyo desempeño desborde la titulación académica o profesional correspondiente al puesto que se venga desempeñando” (STSJ Galicia (Sala de lo Social) de 31 de enero 1994).

²⁷ En esta línea está la STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 25 febrero 2008 (AS 2008/1117).

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR EJERCICIO DEL IUS VARIANDI. ¿ES POSIBLE?

En muchas ocasiones, el cambio de puesto de trabajo otro del mismo grupo o categoría profesional puede no ser del agrado del trabajador como ocurre en el presente caso, por lo que se solicita la resolución del contrato por la vía del artículo 50.1.a) ET.

Según el Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de octubre de 1989²⁸, es cierto que, en muchas ocasiones, el cambio de puesto de trabajo puede no ser deseado por el trabajador, por el coste de adaptación al nuevo destino que ello supone o por la pérdida de unas u otras ventajas materiales o inmateriales. Pero esta resistencia, y la propia eventualidad de la dificultad de adaptación al nuevo puesto de trabajo no son suficientes para fundamentar la acción resolutoria, a la vista de la facultad empresarial de variación que prevé el artículo 39 ET. Esta facultad supone un ensanchamiento del “*ius variandi*” empresarial y en consecuencia, el Alto Tribunal lo ha denegado.

La transformación de funciones del trabajador dentro de los límites legales, aunque impliquen la disminución efectiva de las que tenía encomendadas anteriormente, es una medida que se integra en el derecho del empresario a organizar, reestructurar, controlar y dirigir el negocio, tal y como le permite el artículo 20 ET.

Este poder de organización puede hacerlo en la forma en la que estime oportuna, siempre teniendo en cuenta los límites del respeto a los derechos del trabajador, entre los que se encuentran el derecho a la ocupación efectiva, la promoción y formación profesional en el trabajo, el respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad (art. 4.2, a), b) y e) ET). Si estos derechos no quedan afectados por actos que propiamente responden al ejercicio de sus facultades organizativas, la acción extintiva carece de fundamento.

Para que los cambios de puesto de trabajo y de responsabilidades que deben soportar los trabajadores como consecuencia de la reestructuración interna de la empresa y en ejercicio del “*ius variandi*” del empresario hagan prosperar la acción resolutoria del artículo 50.1.a) ET, deben conllevar un perjuicio en la formación profesional o un menoscabo de la dignidad del trabajador. Así lo ha mantenido reiteradamente el Tribunal Supremo²⁹, afirmando que la extinción de trabajo que autoriza el artículo 50.1 ET requiere un doble requisito:

²⁸ AS 1989/7167.

²⁹ SSTs 8 de febrero de 1993 (A. 749); 26 de julio 1990 (A. 6483), 5 de marzo 1985 (A. 1277), 21 de septiembre 1987 (A. 6234), entre otras.

- a) Que la empresa de forma unilateral introduzca una modificación sustancial en las condiciones laborales.
- b) Que esta modificación redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad.

Por último, la actora solicita la extinción del contrato no sólo porque el cambio de funciones lesione su dignidad sino porque también la considera conculcada por una situación que ella califica de acoso moral por parte de sus compañeros de trabajo y por la pasividad de la empresa. En este sentido, hay que decir que la prevención de estas situaciones impone límites al poder empresarial que ha de adoptar medidas que impidan o corrijan estas conductas³⁰. No parece que deba apreciarse la existencia de esta situación en el supuesto estudiado. No hay acción del empresario que reúna estos caracteres y la actuación de los demás empleados – consistente en insultos y en manchar sus herramientas de trabajo– fue rápidamente atajada por aquél mediante una nota de advertencia.

No podemos decir que concurren los requisitos necesarios en el caso comentado para que prospere la solicitud de la actora, la cual fundamenta su petición de extinción del contrato en el menoscabo de su dignidad como consecuencia de la supresión de funciones, por lo que es acertada la resolución del Tribunal que desestima el recurso de Suplicación.

³⁰ Vid. AUVERGNON PH., “*Poder de dirección y respeto a la persona asalariada*”, en AAVV. “*El poder de dirección...*”, op. cit., pg. 53.

**GRAN INVALIDEZ DE DERECHO DEL TRABAJO:
PARADOJAS DEL DERECHO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 30 de enero de 2008*

SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador objeto del litigio fue declarado en situación de gran invalidez como consecuencia de un accidente grave con resultado de paraplejía a la edad de 21 años, momento en el que su actividad laboral era la de ayudante cocinero. En 1993 el interesado empieza a prestar servicios con la categoría de oficial 2º especialista y a jornada completa (35 horas semanales), consistiendo su actividad en el diseño de planos mediante ordenador. Este trabajo era diverso al que precedió a la declaración del derecho a la citada pensión.

A la vista de ello, el INSS dictó resolución suspendiendo el percibo de la pensión por reanudación de actividad, pero posteriormente anula la resolución y procede de nuevo al abono de la misma con los atrasos correspondientes. Posteriormente, en 1997, el INSS comunica al actor la iniciación de un expediente de revisión de su incapacidad, procediendo luego a la cancelación del expediente por no proceder su tramitación. En 2005 el INSS abre de nuevo un expediente de revisión por reanudación de actividad, en el que se constata la persistencia de las lesiones que motivaron la inicial declaración de invalidez pero, pese a no proceder la revisión, acuerda la suspensión de la percepción de la pensión sin afectar al incremento de gran invalidez. En 2006 el Juzgado de lo Social núm. 16 de Barcelona dictó sentencia declarando el derecho del actor a continuar percibiendo la pensión por incapacidad permanente en el grado de gran invalidez y a compatibilizarla con el trabajo por cuenta ajena que está realizando. El INSS interpuso recurso de suplicación ante el TSJ Cataluña que

* Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lo desestimó y es frente a esta resolución contra la que interpone el INSS el recurso de casación en unificación de doctrina.

RESUMEN: La sentencia comentada, dictada por la Sección 1ª, (Rec. Núm. 480/2007), reconoce el derecho a la percepción de la pensión y ordena la reanudación del pago de la pensión con efectos desde su suspensión. El TS, partiendo de la complejidad de la cuestión y de la ambigüedad legal, analiza cuáles son las actividades compatibles con el percibo de la pensión por parte de quien ha sido considerado que padece lesiones que impiden el desarrollo de toda actividad.

Sobre el concepto de capacidad residual y su compatibilidad con el ejercicio de una profesión u oficio, la jurisprudencia mayoritaria –restrictiva– viene considerando que la pensión sólo es compatible con la pensión de gran invalidez cuando se trata de trabajos de tipo marginal e intrascendente. En contraste, el TS adopta aquí una posición flexible, invocando una doctrina minoritaria anterior: el derecho constitucional al trabajo, la literalidad de la norma sobre compatibilidad (art. 141.2 LGSS), la necesidad de evitar agravios con el régimen de la pensión de Incapacidad Permanente Total, el objetivo de la reinserción social y laboral, la interpretación en el contexto actual tecnológico –informática y teletrabajo– y, finalmente, el carácter ultra vires de las disposiciones reglamentarias –en alusión a la OM de 1996–, dado que el art. 141.2 LGSS no remite a ningún desarrollo reglamentario.

ÍNDICE

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO: ¿UNA NOCIÓN DE PERFILES NÍTIDOS?
2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ Y TRABAJO
3. LA PARADOJA DE LAS INCAPACIDADES NO PENSIONADAS Y LA PÉRDIDA DEL TRABAJO: VÉASE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 62/2008
4. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS

1. LA INCAPACIDAD PERMANENTE PARA EL TRABAJO: ¿UNA NOCIÓN DE PERFILES NÍTIDOS?

La cuestión que se plantea en la sentencia aquí analizada y que da pie a las reflexiones que siguen a continuación –STS de 30 de enero de 2008–, como se ha anticipado, no es otra que la procedencia de la suspensión del pago de una pensión de incapacidad permanente en su grado de gran invalidez a causa de que el beneficiario realiza de modo efectivo un trabajo a tiempo completo, aunque distinto de aquél que desempeñaba hasta el momento en que fue decla-

rado gran inválido, por considerar el INSS que dicha incapacidad le impide realizar cualquier tipo de actividad.

Parece pues plantearse un problema de compatibilidad entre la percepción de una pensión de gran invalidez y el trabajo, sin embargo, en realidad, en el fondo se está planteando algo más importante, la noción misma de incapacidad permanente, ya en su grado de absoluta, ya en su grado de gran invalidez. Y ello es así porque dependiendo de que dicha incapacidad comporte necesariamente una imposibilidad o no con cualquier actividad laboral, sería admisible o no –según el régimen jurídico aplicable– un sistema de compatibilidad determinado.

A tal efecto parece oportuno recordar, de un lado, que el artículo 137.5 LGSS define la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Y, de otro, que, en aparente contradicción, el artículo 141.2 del a LGSS establece que las pensiones vitalicias en el caso de la invalidez absoluta o de la gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

También se ha de tener en cuenta, y más considerando que el TS declara que se trata de una norma reglamentaria dictada *ultra vires*, lo dispuesto en el artículo 18.4 de la OM de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el RD 1300/1995, que desarrolla en materia de incapacidades del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. Este precepto establece que cuando el procedimiento de revisión se haya iniciado a causa de que el receptor de la pensión de invalidez permanente esté ejerciendo trabajos por cuenta ajena o propia y no se haya constatado error de diagnóstico o mejoría que justifiquen el reconocimiento del derecho a pensiones por invalidez permanente en un grado inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del INSS “actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar a la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social”.

Una simple lectura de estos preceptos pone de manifiesto la falta de claridad, por no decir la contradicción que implica, de un lado:

- definir la incapacidad permanente absoluta como aquella que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, situación protegida y pensionada por la Seguridad Social (art. 1375 LGSS)
- y la gran invalidez como la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y, además, que por consecuencia de

pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 137.6 LGSS).

Y de otro, ex artículo 141.2 LGSS, relativo a las compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por invalidez permanente, que las pensiones vitalicias en caso de *invalidez* absoluta o de gran *invalidez* no impedirán el ejercicio de aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Es decir, al menos no queda claro cuales pueden ser esas “actividades compatibles” cuando la percepción de la pensión presupone que su beneficiario padece una lesión que le impide el desarrollo de toda profesión u oficio y además necesita de otra persona para los actos más esenciales de la vida. Sin duda se alude a una capacidad residual, pero no queda claro si ésta permite o no integrar la actividad que conforma una “profesión u oficio”.

De otro lado, nuestro texto constitucional consagra el derecho y el deber de trabajar y, entre otros derechos profesionales directamente relacionados con él, aunque diferenciados, el derecho a la “libre elección de profesión u oficio”, (art. 35.1 CE). Se trata de derechos que se recogen entre los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos (sección 2ª, Capítulo II, Título I CE), siendo el derecho al trabajo el derecho social por excelencia. Tempranamente tuvo ocasión nuestro Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre ciertas limitaciones que para el derecho al trabajo podían derivarse del sistema de Seguridad Social –recordemos la STC 22/1981, de 2 de julio – donde reconoce también una dimensión colectiva que conecta este precepto en el art. 40.1 CE y, analizando la originaria Disposición Adicional 5ª del ET –jubilación por razón de edad y extinción del contrato–, justificaba las medidas de reparto del empleo, pero en ningún caso la pérdida de capacidad para trabajar por razón de edad.

El derecho al trabajo hunde sus raíces en el Estado liberal que proclamaba la clásica libertad de oficio, industria y trabajo, realizando más su dimensión de libertad que de derecho. Pero en el Estado Social el derecho al trabajo aparece vinculado al derecho a la vida y a la vez se conforma como instrumento de integración y cohesión social y como un “prios” del resto de los derechos sociolaborales. Muchas veces se ha señalado, sin embargo, que se trata de un precepto de valor meramente programático que se diluye en una mera expectativa frente a un Estado que ha de orientar su actuación hacia la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE); sin embargo, y más allá del derecho subjetivo a un puesto de trabajo, se configura progresivamente como un derecho con otros contenidos y dimensiones relacionados con los derechos de “empleabilidad” y el sistema de compatibilidad pensiones/trabajo da otra nueva dimensión a este

derecho que nunca puede dejar de estar de actualidad por su centralidad en la sociedad y cultura del trabajo.

Desde nuestro punto de vista, se plantea un problema de concepción: una cosa es padecer una incapacidad para toda profesión u oficio, otra distinta es el carácter inalienable del derecho al trabajo y, por fin, otra distinta es su compatibilidad con una pensión que trata de compensar precisamente un defecto de ganancia por pérdida de la capacidad de trabajo y un exceso de gastos. Indudablemente, según el criterio del INSS, la realización de una actividad laboral a tiempo completo es incompatible con la percepción de una pensión –vitalicia, sí, pero cuya percepción puede quedar en suspenso–, que precisamente tiene carácter sustitutivo de las rentas del trabajo. No obstante, no es menos cierto que el art. 141 LGSS permite la compatibilidad de estas pensiones con actividades lucrativas o no que reúnan dos requisitos:

- que sean compatibles con el estado del inválido
- que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión

El segundo de estos requisitos no se cuestiona, pues el propio INSS archiva el expediente de revisión al constatar que no hay cambio alguno en la capacidad de trabajo que justifique la revisión. Por tanto, el problema reside en determinar el significado de la expresión actividad “compatible con el estado del inválido”, ya que si entendemos que compatible lo es aquel trabajo de carácter marginal, en el supuesto de hecho de un trabajo a jornada completa cuyas funciones conforman un oficio estaríamos ante un trabajo incompatible. En cambio, si consideramos compatible aquel trabajo que materialmente puede ser desarrollado por el inválido no cabe duda de que lo es, habida cuenta de que el trabajador mantiene una relación laboral a tiempo completo desde 1993 hasta 2006, año en que se plantea la demanda que está en la base de este supuesto.

El concepto de incapacidad permanente es un concepto jurídico con perfiles propios, aunque se basa en nociones y apreciaciones médicas. Y es que la incapacidad permanente en sus grados absoluta y de gran invalidez parte de dichas nociones pero añade otras que determinan que, en algunos casos, aunque se trate de una patología grave, no se declare la IP por faltar algún requisito para causar la pensión. Por lo que en puridad, tendríamos que hablar de incapacidad permanente pensionada. De hecho, el TS ha declarado en numerosas sentencias que no cabe que el INSS declare una invalidez sin derecho a pensión, ya que se trata de una noción con dos elementos necesarios, el fáctico y el jurídico, de tal modo que no se concibe la declaración de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez sin reconocimiento de la correspondiente pensión (SSTS de 14 y 30 de octubre de 1991 (RJ 7659 y 7681) y de 29 de noviembre de 1993

(RJ 1993, 9088). Y en el mismo sentido, el TC –STC 116/1991, RTC 1991/116) considera que si como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente sin prestaciones se soporta una situación de necesidad “no debe quedar desprotegida por el régimen público de Seguridad social”, sugiriendo las pensiones no contributivas, aunque éstas se someten, entre otros requisitos, a la carencia de rentas.

El concepto de incapacidad permanente pensionable presupone, por tanto y en primer lugar, que exista y quede constatada una patología, sea cual sea el tipo, por tanto física o psíquica y sea cual sea el origen de la contingencia, profesional o común. Concretamente se considera IP aquella situación en la que el trabajador, después de haber estado sometido al tratamiento médico y haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves; ahora bien, aunque lo normal es que la IT preceda a la IP ello no es estrictamente imprescindible ni se eleva a la condición de requisito legal, pero si el tratamiento médico continua no cabe, en principio hablar de IP. El significado del tratamiento médico no es otro que poner de manifiesto la existencia de un proceso de curación finalizado y que no permite mejoría ni progreso. Sin embargo, en el caso de secuelas definitivas, no es necesaria el alta médica.

Respecto de las patologías, la LGSS exige, en segundo lugar (art. 136.1), que sean lesiones “susceptibles de determinación objetiva”, lo que guarda estrecha relación con el procedimiento y criterios a seguir para la valoración y calificación de la invalidez, por tanto han de ser valoradas por los órganos competentes. Desde 1997 se ha implantado un sistema de valoración de incapacidades que trata de aproximarse al sistema de listado de enfermedades profesionales, para lo cual se requiere desarrollo reglamentario.

En tercer lugar, además de ser objetivada, ha de tratarse de una patología permanente, esto es, previsiblemente definitiva, lo que no obsta la posibilidad de que el inválido recupere su capacidad laboral, es decir, lo que define el carácter permanente de la incapacidad no es la imposibilidad absoluta de recuperación sino que ésta sea altamente incierta o a largo plazo. Y por ello se entiende que el agotamiento del período de duración máxima de IT –cada vez más ampliado por el legislador para evitar declaraciones de IP, tal como se ha producido en la reforma de 2007 – determina el paso a la IP –en algún caso, si clínicamente se aconseja una demora, se puede ampliar dicha duración máxima–.

Y en cuarto y último lugar, ha de tratarse de una patología relevante desde una perspectiva laboral, ya que ha de disminuir o anular la capacidad de trabajo –lo que explica que las patologías congénitas no entren dentro del concepto de incapacidad permanente pensionada–, siendo éste el elemento que se tendrá en cuenta para determinar el grado de la incapacidad permanente, por tanto, se ha de contar con un referente individualizado, es decir, el desempeño de un trabajo

productivo previo y anterior a la patología. El criterio de referencia para determinar la profesión habitual, será, ex artículo 137.2 LGSS, la profesión que ejercía el interesado o su grupo profesional (en coherencia con lo dispuesto en los arts. 22 y 39 ET), antes de producirse el hecho causante de la incapacidad.

El grado de IP es uno de los elementos de su régimen jurídico que determina un mayor número de litigios, ya que existe cierto margen de apreciación. En efecto se ha de atender al porcentaje de disminución de la capacidad de trabajo del interesado, que en un futuro, para una mayor objetividad y seguridad jurídica, pretende valorarse según una lista que se regulará reglamentariamente. No obstante, en la medida en que aún no se ha procedido a dicho desarrollo reglamentario, el sistema vigente es el de grados, según la importancia de la disminución de la capacidad de trabajo, valorando caso por caso en atención a elementos médicos y jurídicos.

Refiriéndonos ya al mayor de los grados de IP, la gran invalidez, se define, tal como adelantábamos como la situación del trabajador en situación de IP que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (aunque la jurisprudencia ha declarado que no es preciso que el inválido esté incapacitado para desarrollar todos y cada uno de los actos esenciales de la vida, bastando con que así suceda respecto de algunos, STS 22 de julio de 1996, RJ 1996, 6383). Al respecto conviene precisar que aunque la Ley de Integración Social del Minusválido –la Ley 13/1982– parecía haber modificado implícitamente la LGSS en el sentido que, conforme a su Disposición Adicional Quinta, la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo, de modo que cabría la gran invalidez, incluso con una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, lo cierto es que la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido contrario, considerando que la gran invalidez es el grado más grave de incapacidad permanente, por tanto, no cabe declarar gran inválido a quien sólo está incapacitado para realizar determinadas actividades profesionales.

En conclusión, la GI presupone la IPA, es decir, una incapacidad para todo tipo de profesión u oficio. Ahora bien, a la situación de gran invalidez se puede acceder por vía de reconocimiento inicial o como consecuencia de la agravación de una invalidez inferior preexistente. La agravación es necesaria cuando no se trata de un reconocimiento inicial, solicitándose la gran invalidez por esta causa y no por un error de diagnóstico.

El incremento de la pensión se concibe con la finalidad de atender la concreta y específica situación de necesidad de ayuda por parte de un tercero y no a la mayor medida de capacidad laboral. Hasta 2007, la cuantía de este complemento consistía en una pensión vitalicia cuya cuantía se calculaba aplicando el porcentaje del 50% sobre la cuantía de la pensión correspondiente por

invalidez permanente absoluta. Dado que dicho complemento se concibe para remunerar a la persona que asiste al inválido, se venía criticando su cálculo sobre una base reguladora que estaba en función del salario que hubiera percibido el trabajador, cuando la necesidad de cuidado era la misma. A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, incluso ha perdido sentido la opción del interesado de sustitución de dicho incremento por el internamiento en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social. Y es finalmente la Ley 40/2007, de medidas de reforma de Seguridad Social, la que ha introducido un correctivo asistencial, de modo que se ha desembocado en un sistema mixto, que combina un componente igual para todos, universal, con otro individualizado contributivo-profesional. Concretamente, la suma del 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y del 30 % de la última base de cotización correspondiente al trabajador por la contingencia de la que se deriva la situación de incapacidad permanente, con la garantía de que en ningún caso el complemento podrá tener una cuantía inferior al 45 % de la pensión percibida.

A partir de estas breves consideraciones que tratan de traer a colación los elementos fundamentales del régimen de la Gran Invalidez desde un punto de vista conceptual, se convendrá que el problema fundamental es determinar qué trabajo es compatible, no con la situación de gran invalidez, cosa que no cuestiona el INSS, sino con la percepción de la correspondiente pensión –recordemos que el INSS tan sólo ha procedido a la suspensión de la percepción–, porque, de alguna manera se cuestiona la procedencia de que el régimen público de Seguridad Social proceda al abono de rentas de sustitución de las rentas del trabajo cuando estas rentas se están percibiendo, pese a persistir los elementos fácticos –la patología grave y permanente, constatada–. Y veremos que el TS encuentra argumentos para sostener esta doctrina que podemos resumir diciendo: que la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva, incluso a tiempo completo que pueda desarrollar el interesado en dicho estado, por tanto, no sólo con actividades productivas marginales, por lo cual el INSS no puede proceder a suspender el pago de la pensión por el hecho de que un inválido en GI o IPA desempeñe actividades retribuidas a tiempo completo, incurriendo en ultra vires las normas que lo permitan.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN DE GRAN INVALIDEZ

Con carácter previo al análisis de la doctrina que el TS ha sentado en la sentencia que da origen a estas reflexiones, conviene partir, brevemente, de cual

ha sido el criterio mantenido por el TS hasta este momento, para así valorar el alcance de la que ahora nos ocupa.

Hasta la STS de de 30 de enero de 2008, la jurisprudencia mayoritaria ha defendido una posición restrictiva en cuanto a la compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Concretamente, se ha entendido que los únicos trabajos compatibles con la percepción de las correspondientes pensiones eran aquellas actividades laborales de carácter marginal, atendiendo, fundamentalmente, a la jornada y la retribución. No obstante, no puede hablarse de unanimidad doctrinal, ya que el TS también ha pronunciado algunas sentencias flexibilizadoras que, aun admitiendo cierta dificultad conceptual para admitir la realización de una actividad laboral normal, no marginal, de quien se encuentra en estas situaciones, dados los términos legales de la definición de la IPA, han procedido a su admisión invocando, precisamente, el derecho al trabajo de quienes se encuentran en situación de IPA o GI, ya que éstas responden, según esta línea minoritaria, a un juicio problemático de las expectativas de empleo (SSTS de 2-2-197 (RJ954), 6-10-1987, RJ6841), 3-11-1987 (RJ 1987, 8045), además de que la OM de 15 de abril de 1969, según esta línea interpretativa, cuando se refería a la posibilidad de realizar las actividades laborales compatibles con estas situaciones, admitía todas las actividades sin limitación, ya que no se dispone ni en la ley ni en la norma reglamentaria que sólo puedan realizarse actividades superfluas, accidentales o esporádicas.

La jurisprudencia mayoritaria, sin embargo, como decíamos, se ha inclinado en un sentido mucho más restrictivo y se ha fundamentado en distintos argumentos que se esgrimen, entre otras, en las SSTS de 7-7-1986 (RJ 1986,3967), 19-12-1988 (RJ 1988, 9864) y de 26-12-988 (RJ 1988, 9915) y 26-1-1989 (RJ1989, 302) y que, sintéticamente son los siguientes:

En primer lugar, acudiendo a una interpretación sistemática, se ha invocado el art. 7.6 LGSS, conforme al que el Gobierno podrá excluir a instancia de los interesados del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio de vida fundamental. De este modo, si el trabajo de escasa entidad profesional y/o económica podría quedar extramuros del sistema de Seguridad Social, lo que excluye de afiliación y alta y no plantea problemas de compatibilidad con las prestaciones económicas que reconozca dicho sistema a un sujeto concreto.

En segundo lugar, atendiendo a una interpretación teleológica, esta línea jurisprudencial mayoritaria considera que la actividad compatible no puede comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio, sea cual sea dicha actividad, pues les afecta el grado de invalidez. Y, siendo la función de estas

pensiones la sustitución de las rentas del trabajo, el abono de la pensión carece de sentido cuando existen estas rentas salariales.

En tercer lugar, se invoca un argumento conceptual, ya que por la propia definición legal de la IPA y la GI, la única actividad laboral compatible es la de escasa entidad y significación, y es que, según esta jurisprudencia, el legislador, tácitamente, se refiere exclusivamente a trabajos marginales e intrascendentes, porque cualquier otra interpretación “rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina”, ya que la Incapacidad Permanente Absoluta está definida legalmente como aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea. O, en otros términos, la interpretación amplia del art. 141.2 LGSS comportaría un resultado que incurriría en “contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo”. En definitiva, la incompatibilidad con el trabajo deriva del propio concepto de la situación incapacitante y otra situación desvirtuaría las diferencias entre situaciones y grados de incapacidad permanente, especialmente entre IPA e IPT.

En cuarto lugar, se invoca un argumento reglamentario. De un lado, el artículo 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo y el artículo 18.4 de la vigente OM de 18 de enero de 1986, dictada en desarrollo del RD 1300/1995 sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, que avalan esta tesis restrictiva, especialmente cuando establece que la Dirección Provincial del INSS que acuerde la suspensión del abono de la pensión cuando el perceptor realice trabajos por cuenta propia o ajena “en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado” cuando la actividad laboral “exceda de los límites permitidos”.

En congruencia con dichos argumentos, las únicas actividades o trabajos compatibles con la percepción de estas pensiones de IPA o de GI serían aquellos que consistan en tareas referidas a labores de orden adjetivo o marginal, ya que no pueden comportar un cambio de la capacidad de trabajo. Y en el caso de que se produjese dicha modificación, lo procedente es la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes.

Siendo este el estado de la cuestión a nivel jurisprudencial la STS de 30 de enero de 2008 sienta una doctrina flexible y amplia que viene reforzar los argumentos de la línea minoritaria hasta este momento. En los fundamentos de derecho, el TS se refiere a las siguientes razones:

1. El concepto de IPA o GI, deja abierto qué haya de entenderse por “actividades compatibles”, término al que califica de críptico o elíptico, pero lo dispuesto en el artículo 141.2 LGSS “invita a considerar que el maximalismo de la definición... se relativice a la hora de analizar su compatibilidad con el trabajo”. Para el TS la declaración de

IPA y de GI no es más que un juicio problemático de las expectativas de empleo, tal como evidenciaba el art. 138.2 LGSS/74, en el sentido de que son situaciones que escapan a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral. Por ello el propio legislador relativiza en el artículo 141.2 LGSS la rigurosa definición del artículo 135.5 LGSS que apunta a una imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación. Por tanto, entiendo, lo que el TS afirma es que no cabe interpretar este último precepto como una imposibilidad legal sino como una imposibilidad fáctica o material que deja un hueco a lo inimaginable, por difícil o extraño que resulta en la realidad del mercado de trabajo. Y es este resquicio el que entiende el TS deja abierta una interpretación menos rigurosa del concepto de IPA o GI.

2. El argumento constitucional: derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI porque así lo reconoce el artículo 35 CE y lo corroboran los artículos 141.2 LGSS, art. 2 RD 1071/1984 y art. 18.4 OM de 18 de enero de 1996 (invocando sentencias anteriores del TS en este sentido). Aunque no se extiende el TS en delimitar el contenido y alcance de este derecho constitucional y es que en realidad no se cuestiona este derecho, sino si su ejercicio es o no compatible con la percepción de esta pensión.
3. Invoca que la jurisprudencia social no siempre ha acogido la interpretación restrictiva del INSS trayendo a colación numerosas sentencias desde la de 2 de marzo de 1979 (RJ 1979/954), por tanto, no habría una sola interpretación ni unanimidad doctrinal.
4. Interpretación literal del artículo 141.2 LGSS, según el que estas pensiones no impedirán el ejercicio de aquellas actividades que sean compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Dado que en el supuesto de hecho enjuiciado queda acreditado que las actividades son compatibles con el estado del beneficiario y el INSS ha archivado el expediente de revisión por considerar que persisten las mismas patologías en el beneficiario de la pensión de gran invalidez y dado que el precepto legal no establece límite alguno a dicha actividad, no hay motivo para suspender la percepción de la pensión de gran invalidez.
5. La incidencia del principio de igualdad, es la que plantea el TS al señalar el agravio comparativo con la Incapacidad Permanente Total al que conduciría una interpretación en sentido contrario, ya que situaría en mejor condición al trabajador declarado en Incapacidad Permanente Total, que puede realizar cualquier profesión u oficio que no sea aquél para el que haya sido declarado inválido, mientras que el declarado en

Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Inválido no podría realizar ninguna actividad ni tener ingresos, más allá de la marginalidad.

6. Una interpretación teleológica–sistemática, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Integración Social del Minusválido, es la que sugiere el TS cuando señala que se debe hacer una interpretación conforme a la voluntad legal de integración social y laboral de estas personas. Y la suspensión de la percepción de la pensión supondría dejar sin motivación ni estímulo económico una actividad que supone un considerable esfuerzo psicofísico por parte del trabajador inválido. Y ello aunque, matiza, en contra de este argumento de la desmotivación económica, que las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo tendrían incidencia sobre las pensiones futuras, en alusión a la de jubilación o nueva prestación por IPA, con independencia del régimen de incompatibilidad de pensiones y el derecho de opción que establece el artículo 122 LGSS.
7. Una interpretación adecuada al contexto social actual, en concreto, adecuada al impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, es otro de los argumentos del TS. En efecto, para el TS, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación abren nuevas formas de teletrabajo que consienten la realización de actividades laborales a jornada completa a las personas que están en situación de IPA o de GI, siendo una nueva vía para la reinserción social de las personas con capacidad disminuida.
8. Indirectamente, se invoca el principio de jerarquía normativa, al considerar ultra vires las disposiciones reglamentarias –en alusión a la OM de 1996– que permiten la suspensión del abono de la pensión, por contrariar lo dispuesto en el artículo 141.2 LGSS que admite la compatibilidad y no se remite a desarrollo reglamentario, por lo que ha de entenderse ineficaz.

3. LA PARADOJA DE LAS INCAPACIDADES NO PENSIONADAS Y LA PÉRDIDA DEL TRABAJO: VÉASE LA STC 62/2008, DE 26 DE MAYO

No pretendemos aquí proceder al análisis de la STC 62/2008, de 26 de mayo, lo que nos excede por razón de la materia y de las características de esta sección. Nuestro objetivo es más que nada traer a colación este pronunciamiento del Tribunal Constitucional para reflexionar más profundamente sobre la STS que hemos analizado y con una dimensión más amplia, porque realmente la cuestión que en esta se suscita es compleja y las soluciones no siempre resultan plenamente satisfactorias.

En la STC 62/2008, de 26 de mayo se plantea el supuesto de un despido disciplinario de un albañil de 54 años de edad dos meses después de ser contratado y a los diez días de iniciar una situación de incapacidad temporal. El despido disciplinario se basó en la trasgresión de la buena fe contractual del trabajador por ocultar a la empresa que ya padecía una enfermedad que le había provocado anteriores situaciones de IT en otras empresas. El despido fue declarado improcedente y no nulo como pretendía el trabajador, tanto en la instancia (Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid), como en el TSJ de Madrid y el TS no admitió el recurso de casación.

El trabajador demandante de amparo invocó la violación del artículo 14 –prohibición de discriminación– y el artículo 24 –tutela judicial efectiva–, pero no de los artículos 15 (integridad física) y art. 18.1 –derecho a la intimidad–, todos ellos del texto constitucional. Razón por la que el TC se limita al análisis de aquél precepto constitucional –art. 14–. Al respecto el TC admite que el estado de salud o una enfermedad pueden ser factor de discriminación aunque no esté expresamente mencionado en el artículo 14 CE y, recuerda, que así lo admitió el TS cuando la enfermedad sea tomada como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada o en la estigmatización de la persona enferma, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto de contrato.

Para el TC en el caso enjuiciado, el despido se basa en la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por su estado de salud o enfermedad, que podrá considerarse procedente o improcedente, pero no nulo porque ello por sí no es un despido discriminatorio. Es interesante destacar las alegaciones del Fiscal que, en una opinión distinta, favorable al amparo señala (f.j 7), que el trabajador se encuentra en “una suerte de disfuncionalidad periódica con base en una patología facilitadora de la clínica aparición de la enfermedad, sin llegar a tener un carácter definitivamente invalidante” y sugiere que se trata de una figura intermedia entre la IT y la IP.

Si entrar en el fondo de la cuestión, nos llama la atención el resultado de esta sentencia porque se plantea un supuesto diametralmente opuesto al analizado: una incapacidad para trabajar de forma continua, sin pensión de incapacidad permanente, dado que es discontinua, que tiene como consecuencia la pérdida de las rentas del trabajo, sin que el sistema de Seguridad contemple ésta como situación protegida. Es evidente que si aplicamos el juicio problemático que hacía el TS respecto a las posibilidades de inserción en el mercado de trabajo de este trabajador nos encontramos con un resultado paradójico, pues ninguna empresa que conozca la situación de enfermedad discontinua contratará al trabajador y si éste no ha dado el dato se estimará causa de despido –con

la calificación judicial de improcedente–, que a la postre, dado el estado del Derecho positivo, supone la pérdida del puesto de trabajo sin una causa justa en Derecho mediando una indemnización compensatoria por la pérdida del puesto de trabajo, por lo que no se garantiza el derecho al trabajo.

4. VALORACIÓN CRÍTICA Y PROPUESTAS PARA UNA REVISIÓN DE CONCEPTOS

El TS en esta Sentencia de 30 de enero de 2008 ha sentado una doctrina clara en la que considera que la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva que pueda desarrollar el beneficiario, es decir, no sólo una actividad marginal sino, incluso, a jornada completa y, además, que el INSS no puede proceder a suspender el abono de la pensión por el hecho de que el pensionista de Gran Invalidez o Invalidez Permanente Absoluta desarrolle actividades retribuidas y a tiempo completo –siendo ineficaces por ultra vires las normas reglamentarias en que se basa el INSS para proceder a dejar de efectuar los pagos–.

Llama la atención que tratándose de una sentencia unificadora de doctrina, dictada en Sala General y sobre una cuestión, como señala el propio TS, de gran complejidad, la misma no cuente con ningún voto particular. Y más aún cuando es el TS el que señala que “no es posible negar la validez de tales argumentaciones”, en referencia a los sólidos argumentos de la jurisprudencia hasta este momento mayoritaria, como hemos señalado, restrictiva. Siendo sorprendente que las sentencias en esta línea –restrictiva– coincidan en señalar que una interpretación amplia daría como resultado “una contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo” –STS de 20 de diciembre de 1989, entre otras muchas– y sin embargo el TS ¿no puede negar la validez de esta afirmación para llegar precisamente a ese resultado, el absurdo? Nos preguntamos cómo puede ahora el TS no sólo sostener una postura contraria –esto es posible, razonable y explicable– sino señalar que no se puede negar validez a esta argumentación –la contradicción con el sistema de una interpretación amplia y el absurdo–, sin que se incurra él mismo en contradicción.

No vamos a negar que tanto una como otra solución no terminan de convencer, al menos a los ojos de quien suscribe estas reflexiones. Se enfrentan derechos y bienes jurídicos difícilmente conciliables en estos casos, por un lado, el derecho al trabajo de toda persona como derecho social por excelencia y, por otro, el reconocimiento de una pensión sobre la base de una patología invalidante que no ha variado y que, por tanto, no admite revisión. Es cierto que la Ley parte del supuesto lógico y normal de la casi imposible inserción laboral de un gran inválido, pero está claro que las nuevas tecnologías pueden hacer

posible lo que hasta hace poco era implantable para estas personas. Así las cosas, es posible que el art. 141.2 LGSS permita compatibilizar el trabajo sin excepción ni restricción alguna, y en esto no le falta razón al TS, pero no es menos cierto que ello se hace sobre la base de un juicio de alta improbabilidad, y mientras ello sea así, se prefiere dejar intangible el derecho al trabajo, pero cuando ello no sea así quizá será necesaria una revisión del concepto jurídico, no médico.

Las reformas pendientes sobre IP –desde hace más diez años– tienden a centrar la cuestión en la objetivación de la incapacidad según una “lista”, sin embargo no se tiene en cuenta que en realidad también sería necesaria una redefinición conceptual paralela, ya que hoy por hoy la definición de la IPA sigue siendo de difícil conciliación con lo dispuesto en el art. 141.2 LGSS. Esta resolución judicial deja claro que nuestro vigente sistema puede llevar a que se declare incapaz de desarrollar cualquier profesión u oficio a una persona que demuestra precisamente lo contrario, esto es, que puede hacerlo. Tal vez sea necesario plantear directa y abiertamente si conviene mantener el abono de la pensión mientras se trabaja a jornada completa a cambio de una retribución, analizar cuáles son los inconvenientes y cuáles las ventajas, los bienes jurídicos en juego, sin caer en el simplismo de tener en cuenta como único criterio un cálculo actuarial de las repercusiones financieras de estas medidas –aspecto económico, naturalmente a considerar, pero no el único–.

Redefinición del concepto y de los grados de incapacidad permanente, a la luz de la evolución tecnológica absolutamente necesaria si no queremos encontrarnos con resultados paradójicos que encuentran resquicios en nuestro ordenamiento jurídico. Y esto es lo que viene a reconocer el TS que habla de “la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión”, afirmación que se entiende se refiere no sólo del concepto legal y los grados de incapacidad permanente sino también del régimen de incompatibilidad con el trabajo.

Desde nuestro punto de vista, las soluciones apuntan por una equiparación entre IPT, IPA y GI en cuanto a su compatibilidad con el trabajo remunerado a jornada completa, manteniendo en estos casos el derecho al percibo de una cuantía equivalente a la de la pensión de IPT –y suspendiéndose el resto hasta el cese en la actividad–. Ello evitaría el agravio comparativo al que alude el TS y también el del desincentivo a la inserción social y laboral de las personas con discapacidad grave; solución a la que, desde nuestro punto de vista, podría haber llegado el TS haciendo una aplicación analógica del régimen del complemento de la invalidez permanente total cualificada.

**EL JUEZ DEL CONCURSO Y LOS EXPEDIENTES
DE REGULACIÓN DE EMPLEO**

*Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz,
de 2 de febrero de 2007*

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO*

SUPUESTO DE HECHO: La empresa solicita la declaración de concurso y lo justifica por el cese de la actividad empresarial y cierre de los establecimientos, lo que se considera por la empresa inevitable, máxime con la acreditada desconfianza de la empresa principal hacia las concursadas que harán imposible la adjudicación de nuevos contratos, deviniendo todo el personal del todo inoperante e insostenible.

Durante el periodo de consultas los administradores concursales y los trabajadores que componen la actual plantilla de la empresa han llegado a un acuerdo. Igualmente la autoridad laboral ha informado favorablemente, concluyendo que las extinciones de los contratos de trabajo son conforme al ordenamiento jurídico, sin que se aprecie, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. El Juzgado acuerda extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores, fijando una indemnización de 30 días de salario por año de servicio, debiendo abonarse los salarios hasta la fecha del auto extintivo de la relación laboral.

RESUMEN: Conforme al auto comentado el Juez del concurso no viene a sustituir al Juez de lo social, sino que se le atribuyen funciones propias de la Autoridad Laboral. Dicho procedimiento establece un expediente judicial similar al que se plantea en situaciones extraconcursoales ante la autoridad laboral para los despidos colectivos. Así, dicha resolución tendrá las mismas consecuencias; por ejemplo, la consideración de los trabajadores afectados en

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Departamento Anton Menger.

situación legal de desempleo, incorporando la Ley Concursal una nueva situación legal de desempleo”.

Las diferencias residen en que el Juez del concurso no se limita a autorizar la extinción de los contratos o las medidas propuestas, sino que procede a declarar la extinción. Por ello, en el auto el Juez se debe hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida y la indemnización procedente a cada trabajador o, fijar los criterios básicos para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución.

El Juez del Concurso está facultado para fijar una indemnización superior a la establecida legalmente.

ÍNDICE

1. CONCURSO DE ACREEDORES Y DERECHO DEL TRABAJO: CUESTIONES BREVES PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN
2. EL JUEZ DEL CONCURSO ANTE EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DEL ART. 64 DE LA LEY CONCURSAL
3. CONCLUSIONES

1. CONCURSO DE ACREEDORES Y DERECHO DEL TRABAJO: CUESTIONES BREVES PARA UNA MEJOR COMPRENSIÓN

El auto objeto de estudio describe muy metódicamente, –al hilo de una solicitud de extinción colectiva de contratos laborales–, las peculiaridades del procedimiento del art. 64 de la LC. Entre ellos destaca el papel del Juez del concurso en relación con las competencias que tradicionalmente ha desempeñando la autoridad laboral en el ámbito de los ERES regulados en el Estatuto de los Trabajadores, y más pormenorizadamente en el Reglamento de Procedimientos de de Regulación de Empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos aprobado por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero).

Por tanto su elección, –de entre otros muchos pronunciamientos–, responde a la claridad y descripción de su fundamentación jurídica. La actual situación de crisis económica a nivel mundial, su repercusión directa sobre el ámbito empresarial y más concretamente, sobre sectores específicos como el de la construcción e industrias auxiliares, justifican que la normativa concursal en general y el artículo 64 en particular, merezcan el análisis y debate oportuno desde una perspectiva más pegada al derecho del trabajo¹.

¹ En España, según nos muestra en nota de presenta el Instituto Nacional de Estadística con fecha de 5 de mayo de 2008, los datos de la aplicación de la Ley Concursal. Durante el primer trimestre de 2008 el número de deudores concursados alcanza la cifra de 425, lo que supone un aumento del 78,6% respecto al mismo trimestre del año anterior. Por tipo de concurso, 386 fueron

Dicho esto y con el objetivo de facilitar la comprensión de citado procedimiento y el papel que desempeña el juez de lo mercantil, conviene empezar trazando brevemente algunas cuestiones relacionadas con el concepto de concurso de acreedores y algunas de sus singularidades.

Si tuviéramos que ofrecer un concepto claro de qué es el Concurso de Acreedores diríamos que resulta ser un procedimiento de ejecución universal que, –instado por el propio deudor (sea o no persona jurídica) o por uno de sus acreedores–, se puede ejercitar contra quien se encuentre en situación de insolvencia. Todo ello con el objetivo de satisfacer el crédito de los acreedores, mantener la actividad comercial o profesional, asegurando la viabilidad de la empresa y preservar los puestos de trabajo.

Si tuviéramos que condensar en pocas ideas que características más relevantes posee la Legislación Concursal diríamos:

- La declaración de concurso paraliza las acciones individuales y no va a afectar a los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.
- No se retrotraen los efectos del concurso. Se introducen fórmulas de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa.
- Sólo el juez y la administración concursal son órganos necesarios para el procedimiento, la junta de acreedores sólo se constituirá en la fase de convenio, si finalmente no se aprobase por el sistema de adhesiones escritas a una propuesta anticipada.
- El Ministerio Fiscal sólo interviene para la calificación del concurso (culpable o fortuito).
- Las soluciones del concurso son el convenio y la liquidación. Favoreciéndose en la ley la primera solución en vez de la segunda.
- El procedimiento se configura como rápido, simple y flexible sin merma de la garantía de la intervención judicial.

Todos los aplicadores de la norma coinciden en señalar como una de sus señas de identidad la de su complejidad técnica, pero sobre todo el hecho de ser una norma eminentemente transversal a todo el ordenamiento jurídico². Por lo

voluntarios y 39 necesarios, lo que significa unos aumentos interanuales del 92,0% y 5,4% respectivamente. Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios aumentan un 95,7% y los abreviados un 67,4%. Así el número de deudores concursados aumenta un 78,6% en tasa interanual. Por otra parte, el 45,7% de las empresas concursadas se concentran en la construcción y la industria.

² En este mismo sentido Coord. GARCÍA-PERROTE, I., VV.AA. “*La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*”. Lex Nova. Valladolid, 2004. Pág. 1 “La reforma

que respecta a las relaciones entre la LC y el ordenamiento jurídico laboral, una de las cuestiones más destacadas se basa en que los derechos de las personas trabajadoras tendrán que satisfacerse en gran medida mediante los cauces procesales del concurso. Así pues la reforma concursal ha tenido evidente repercusión en el ámbito laboral. Entre los aspectos más destacados se encuentra la extensión de la vis atractiva del concurso y en la consiguiente ampliación de la competencia del juez de lo mercantil a costa del juez de lo social.

Resultado de dicha extensión competencial es la diferenciación entre las acciones de carácter colectivo e individual que se recogen en la L.C. En el ámbito jurisdiccional mercantil se resolverán las acciones de carácter colectivo: resolución colectiva de contratos (despidos colectivos), o modificaciones sustanciales de las relaciones laborales³. En el ámbito jurisdiccional laboral, las acciones de carácter individual⁴. Regresando nuevamente al ámbito competencial mercantil las correspondientes acciones ejecutivas sobre las mismas⁵.

2. EL JUEZ DEL CONCURSO ANTE EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO DEL ART. 64 DE LA LEY CONCURSAL

Como se indica en el FJ cuarto, el juez de lo mercantil, ante los ERES, no sustituye al juez de lo social sino que viene a desarrollar las funciones ordina-

concurzal es, sin duda, transversal a todo el ordenamiento jurídico. Basta con remitir a las numerosas disposiciones finales de la LC que reforman múltiples leyes, de la importancia del Código Civil, del Código de Comercio, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la Ley Hipotecaria, de la Ley General Presupuestaria, de la Ley General Tributaria, de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas, de la Ley del Mercado de Valores, de la Ley de Sociedades anónimas y de Sociedades de Responsabilidad Limitada, de la Ley del contrato del Seguro, y, en fin... del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley General de la Seguridad Social (disposiciones finales decimocuarta, decimoquinta y decimosexta de la LC, respectivamente)".

³ En las que conviene recordar que el art. 64.9 de la Ley 22/2003, mantiene en suspenso durante un año la acción del trabajador sobre la procedencia de la medida y, en su consecuencia, la posibilidad de reclamar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo.

⁴ Aunque con ciertas cautelas cuando la suma de ellas generen un peligro para la masa activa del concurso. En cualquier caso, esto no quiere decir que el Juez del concurso sea totalmente ajeno a la existencia de decisiones extintivas o modificativas de las relaciones de trabajo tomadas por el empresario, terminen o no una resolución judicial laboral.

⁵ Cuestión evidente si lo que se persigue es conseguir un procedimiento en el que el conjunto de los acreedores mantengan igualdad de oportunidades, evitando acciones de carácter individual al margen del proceso de ejecución ordenada del patrimonio del concurso.

rias de la autoridad laboral, pero teniendo muy presente que el juez del concurso aplica directamente la medida colectiva: “Por lo que respecta a la medida de extinción solicitada, mientras que la autoridad laboral se limita a autorizar la extinción colectiva, el Juez del concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción”. Es entonces cuando un el Juzgado debe tomar en consideración una serie de requisitos (extraídos todos del art. 51 del E.T. y del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero) eminentemente ajenos a su ámbito de especialización. Resultando, en cualquier caso, de aplicación supletoria dicha normativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 64.11 de la L.C.

La innegable influencia que el procedimiento administrativo ha dejado en la regulación del art. 64 de la LC, ha ocasionado ciertas discrepancias en torno a la auténtica naturaleza jurídica de este procedimiento⁶. Realmente estamos ante un producto jurídico peculiar, por cuanto no hay partes procesales, no hay proposición ni práctica de prueba y sin alegaciones, excepción hecha de la solicitud inicial. En este sentido y para el caso de exista acuerdo entre las partes, el carácter procesal del procedimiento desaparece y se parece más a una negociación formalizada que aun auténtico proceso judicial. Por el contrario, y para el caso de que no se llegue a un acuerdo se dictará una resolución judicial que resolverá un conflicto planteado por dos partes con intereses contrapuestos⁷.

La resolución objeto de estudio subraya los requisitos que tiene que incluir una medida colectiva tomada dentro de una empresa concursada:

- a) *El auto de extinción colectiva tiene que detallar los elementos básicos del cálculo indemnizatorio*

“Ello significa que frente a los términos genéricos de la solicitud de ERE y de la propia resolución (en en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados), en el expediente del art. 64 de la L.C., tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario antigüedad y cuantía de la indemnización (cuántos días de trabajo por año de servicio)”

⁶ En este mismo sentido se ha dicho que nos encontramos ante un procedimiento sin partes (RÍOS SALMERÓN) y en el que no se articula una auténtica contradicción (MOLINER)

⁷ En este mismo sentido DESDENTADO BONETE, A, y ORELLANA CANO, N. “Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas.” pág. 154. *Editorial Bomarzo*. Albacete 2007.

b) La solicitud puede partir del administrador concursal, el deudor o los trabajadores a través de sus representantes legales

Art. 64.2. de la LC. En cualquiera de los casos el momento oportuno para hacerlo sería una vez emitido el informe de la administración concursal, aunque excepcionalmente puede hacerse con anterioridad, siempre que se justifique y acredite que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa (art. 64.3 de la LC).

Como ya vimos, “asimismo, puede tramitarse, como en este caso, cuando se solicite conforme al art. 44 de la L.C., el cierre de la empresa o cese de la actividad empresarial, y ello suponga la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo” (FJ Primero)

c) La solicitud y el auto deben concretar la concurrencia de causas económicas que justifiquen la medida

(FJ Segundo) El Estatuto de los trabajadores recoge una definición finalista de las causas económicas y productivas que pueden justificar reestructuraciones de plantilla. Como señala la STS de 14 de junio de 1996 (Sala cuarta), “en tal situación de dificultad empresarial, habría que proceder a la reestructuración de la empresa y las medidas de reorganización o reducción de empleo deberían quedar integradas en un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de aquélla”.

El Art. 51 del E.T. regula el despido colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor. La LC, en su art. 64.4 utiliza la expresión de “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, como objetivo y justificación de la solicitud de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y de extinción y suspensión colectivas de las relaciones laborales.

Así pues se viene considerando que en las situaciones concursales, las medidas obedecen a causas económicas, puesto que están fundadas en las dificultades económicas de la empresa que producen efectos negativos sobre el empleo.

d) Debe afectar a una colectividad de trabajadores

(FJ Tercero) “El art. 51 del E.T delimita el carácter colectivo de la extinción en función del número de trabajadores afectados y por referencia al lapso temporal en la medida adoptada. Dada la remisión de la L.C. (art. 64.11) a la normativa laboral, para que proceda la extinción colectiva de los contratos de trabajo han de superarse los límites cuantitativos previstos en el art. 51 del E.T.”

e) *Es necesario el informe de la autoridad laboral*

“En el presente expediente, los administradores concursales y los trabajadores que componen la actual plantilla de la empresa han manifestado haber llegado a un acuerdo que se recoge en el hecho probado 5º; y la Autoridad Laboral ha informado respecto del anterior acuerdo, concluyendo que es conforme al ordenamiento jurídico” (FJ Quinto).

El juez de lo mercantil debe requerir el informe de la Autoridad Laboral. La Administración Laboral puede a su vez puede oír a la Administración Concursal y a la representación de los trabajadores. Dicho informe debe remitirse en el plazo de 15 días, aunque si se emite fuera de dicho plazo, podrá ser tenido en cuenta por el Juez del concurso a la hora de adoptar la correspondiente resolución. Aunque la Ley hable de la Autoridad Laboral, en vez de la Inspección de Trabajo como se hace en el art. 51.3 del E.T., el informe de la autoridad laboral se viene haciendo sobre la base de la actuación inicial de la Inspección de Trabajo.

En cuanto al carácter vinculante de la decisión incluida en dicho informe no aclara el precepto mucho más que lo antedicho, quedando en cualquier caso al criterio del Juez de lo Mercantil la procedencia y aplicación de la medida propuesta. En cualquier caso, están apareciendo autos en los que efectivamente se llega a desestimar la aplicación de la medida extintiva propuesta por la concursada cuando, la Autoridad Laboral informa negativamente sobre su procedencia. Así destacan, entre otros auto del mismo Juzgado que la resolución objeto de estudio, de lo mercantil nº 1 de Cádiz, de 19 de junio de 2006, en el que se desestima la solicitud de extinción colectiva de las condiciones de trabajo sobre la que se ha informado negativamente por parte de la Autoridad Laboral, FJ Quinto: “(...) la Autoridad Laboral ha informado desfavorablemente por estimar que no constan datos económicos fehacientes que avalen la necesidad de la medida extintiva, estimando asimismo no acreditados los objetivos que se pretenden conseguir con las medidas tanto en lo relativo a la viabilidad futura del grupo de empresas, como de los perjuicios que podrían irrogarse de no accederse a las medidas, y asimismo considera las medidas solicitadas como última ratio, señalando que en el momento que se formulan (antes del informe de la administración concursal), la adopción de las misma exige una acreditación total del riesgo.

Considero que el informe de la Autoridad Laboral funciona como un filtro externo en virtud del cual se fiscaliza que, logrado acuerdo, en este no haya sesgo alguno de intimidación, dolo, mala fe, o abuso de posición de alguna de las partes, para lo cual se puede abrir un nuevo período de consultas en donde se escucha a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal. Por otra parte sirve para controlar, –como en el caso del referido

auto–, la procedencia y justificación de la medida en relación con las posibilidades de viabilidad de la empresa y opciones de empleabilidad futura. Así pues desempeña un rol de “auxilio laboral” para el Juez de lo Mercantil, que ya cuenta con un criterio técnico de un perfil eminentemente social, emitido por el garante de control administrativo de los ERES clásicos o extraconcursoales.

f) Fallo

Declarando la extinción de los contratos de trabajo en los términos ya indicados en los hechos y resumen del presente artículo.

Hay que tener presente que el auto del juzgado de lo Mercantil, –en caso de acordar la extinción colectiva de los contratos, o la suspensión de la relación laboral, en el caso que sea solicitada–, produce “las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo (art. 64.7 párrafo segundo de la LC)⁸.

3. CONCLUSIONES

Iniciábamos el presente comentario diciendo que, en virtud de lo establecido en el art. 8.2 de la LC, el Juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado. No obstante, en materia de recursos, el orden social recupera sus competencias, por cuanto, en materia laboral el sistema de recursos establecidos por la LC, no lo reenvía a la LEC sino a la LPL, muy especialmente a través del recurso de suplicación. Así pues, estos recursos no serán resueltos por las Audiencias Provinciales sino por las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que corresponda.

Aunque los ERES concursales parten de la misma naturaleza de las acciones colectivas reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sus elementos nucleares sufren una alteración muy centrada en factores tales como la distribución de los roles entre los sujetos negociadores, y muy especialmente el resultado de la propia negociación⁹.

⁸ Como consecuencia de ello, se han producido las correspondientes modificaciones en los artículos 208.1.1 a) y 108.1.2 de la LGSS

⁹ Entre otras, la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores a las establecidas en la norma laboral de referencia en el expediente judicial de regulación de empleo. Cuestión ciertamente compleja, sobre la que no existen claros criterios doctrinales, ni tampoco en la práctica de

En este nuevo marco de actuaciones el Juez de lo Mercantil asume el protagonismo en la decisión final, perdiendo el poder que la autoridad laboral desempeña en los ERES extraconcursoales. De hecho su misión queda reducida al visto bueno a la medida (expresión que se indica, en la práctica totalidad de los casos en los que se ha cerrado el periodo de consulta con acuerdo).

El acuerdo en el periodo de consultas viene igualmente precedido por la asunción de una situación económica irreversible para la empresa que, en su consecuencia favorece y justifica la puesta en marcha de la medida colectiva. Una medida previsible y asumida por los trabajadores que son conscientes y protagonistas del incierto camino que ha ido recorriendo la empresa desde antes de la solicitud de declaración de concurso. Por el contrario, una solicitud de extinción de las relaciones laborales escasamente justificada o desproporcionada, no favorece el acuerdo, que si efectivamente no llega, reúne todos los elementos para que la Autoridad Laboral informe desfavorablemente.

Por todo lo expuesto podemos concluir que estamos ante un procedimiento menos intervencionista que los ERES extraconcursoales. Así, en el caso de que no haya acuerdo entre la administración concursal y la representación de los trabajadores, recae todo el poder de decisión en el Juez de lo Mercantil. Entiendo que este importante matiz trae causa, –o al menos se comprende mejor–, si lo analizamos desde la perspectiva del propio procedimiento concursal. Un nuevo escenario basado en la “par conditio creditorum” que incluye entre sus objetivos, el mantenimiento de la actividad mercantil (apostando por mantener márgenes de empleabilidad), y consecuentemente la salida convenida al concurso. Desde la perspectiva laboral destaca un total protagonismo de la administración concursal frente a un empresario con nula capacidad de negociación en el periodo de consultas, aunque pueda ser suya la solicitud de la medida, como vimos en el anterior apartado, en virtud de lo establecido en el art. de la L.C. 64.2 (*deudor* en la terminología del citado precepto).

los distintos Juzgados de lo Mercantil, así y a modo de ejemplo: el auto del Juzgado de lo mercantil nº 4 de Madrid, de 27 de enero de 2005, autoriza la extinción y declara ajustado el acuerdo por el que se pactan indemnizaciones superiores y con una peculiar forma de pago. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia, de 28 de julio de 2005, aun cuando no ha habido acuerdo, acepta la última oferta de la administración concursal y establece una indemnización de treinta días de salario por año de servicio con el límite de 18 mensualidades. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz, de 19 de diciembre de 2005, fija la indemnización aceptada de 33 días de salario por año de servicio. El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, de 2 de febrero de 2006, acuerda la extinción de los contratos y fija la indemnización acordada de treinta días de salario por año de servicio, por estimar que el acuerdo está “ajustado a derecho, sin que se aprecie, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, y señala “que el importe de la indemnización, aun siendo superior a la legalmente establecida para el despido objetivo, no perjudica a los intereses de la masa”.

Quizás el nuevo panorama de estos expedientes tenga como ventaja el mayor conocimiento del Juez Mercantil sobre la situación económico-financiera de la concursada y una visión muy real de las posibilidades de liquidación o viabilidad de la empresa por la aplicación de la medida colectiva. Por el contrario necesita más del auxilio de la autoridad laboral para completar su decisión por ese ámbito, otorgando con ello de mayor seguridad a las resoluciones. En definitiva el ámbito de lo colectivo en la LC sigue suponiendo uno de los muchos retos a los que tiene que responder esta joven normativa, puesta a prueba con toda su crudeza en la coyuntura actual. Una inmejorable piedra de toque pensando en el inminente periodo de reformas al que está avocada.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Pablo de Olavide

LA NULIDAD OBJETIVA DEL DESPIDO DE LAS TRABAJADORAS EMBARAZADAS

Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio

FERNANDO ELORZA GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora demandante se encontraba embarazada en el momento de ser despedida, si bien formalmente no resulta probado si ello lo conocía la empresa. Es despedida mediante carta en la que se hace constar la imposibilidad de mantener sus servicios por el encarecimiento de su nómina y por la innecesariedad de su puesto de trabajo. Sin embargo, en el mismo acto de despido, la empresa reconoce la improcedencia del mismo y ofrece a la trabajadora la indemnización legal correspondiente. La trabajadora pretende que su despido se declare nulo por haber sido despedida mientras se encontraba embarazada.

RESUMEN

- 1) El art. 55.5 b) ET configura la “nulidad objetiva” de todo despido producido en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.
- 2) Esta nulidad objetiva es distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero del art. 55.5 ET, respecto de la que rige la denominada doctrina de la prueba indiciaria, en virtud de la cual se ha de declarar nulo todo despido en el que, tras haber aportado la trabajadora un indicio razonable de vulneración de su derecho fundamental, no se hubiera acreditado por el empresario la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acreditara que el despido era ajeno a un motivo discriminatorio.

* Profesor Titular de Universidad del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- 3) La Ley 39/1999 añadió un nuevo supuesto de nulidad al ya contemplado por el art. 55.5 ET. Y lo hace sin exigir ni de comunicación previa del embarazo al empresario, ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo, delimitando el ámbito temporal de la garantía que implica el establecimiento de la nulidad objetiva por referencia a la “fecha de inicio del embarazo”, a no confundir ésta con la fecha en que la trabajadora pudiera tener conocimiento del mismo.
- 4) El art. 55.5 b) ET configura un mecanismo de “garantía reforzada” en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee una clara relevancia constitucional, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), y que resulta, a su vez, plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), al tiempo que refuerza otras finalidades constitucionales, como la protección de la salud y seguridad o la de la familia y los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora a favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada.
- 5) Se ha vulnerado por la jurisdicción ordinaria el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al desestimar la pretensión de nulidad de la actora con un razonamiento parco, que impide considerar una tutela suficiente y eficaz ex art. 24.1 CE.

ÍNDICE

1. LA DOCTRINA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESPIDO DE TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE EMBARAZO
2. APORTACIONES DE LA NUEVA DOCTRINA PLANTEADA EN LA STC 92/2008
3. APUNTE CRÍTICO

1. LA DOCTRINA JURISDICCIONAL EN RELACIÓN CON EL DESPIDO DE TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE EMBARAZO

La Sentencia que analizamos en esta ocasión incrementa el acervo jurisprudencial en torno a la protección jurídica de la trabajadora embarazada. La jurisprudencia del TC existente hasta el momento había centrado sus esfuerzos en clarificar hasta qué punto el conocimiento o no por la empresa de la situación de embarazo de una trabajadora resultaba clave a la hora de apreciar una posible vulneración por la empresa de derecho de la misma a la no discriminación por razón de sexo.

El punto de partida de esta doctrina bien podemos situarlo en la consideración de que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer

trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo” (STC 182/2005). De tal manera que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede encubrir una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que la decisión tomada responde a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate (STC 38/1981). Es en este contexto donde cobra importancia el factor del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de la trabajadora.

Cuestión que en el pasado, y como es conocido, se ha abordado fundamentalmente por el TC en tres pronunciamientos, cuyo doctrina principal podría resumirse señalando que para el Alto Tribunal el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora –bien porque conste el mismo en los hechos probados de la sentencia, bien porque aún no constando expresamente existan otros datos que permitan deducir la probabilidad de la lesión–, constituye un requisito necesario para fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio en relación con el despido. Sentencias citadas por cierto por el TC en el caso que analizamos:

- a) STC 41/2002: donde en los hechos probados constaba el desconocimiento por la empresa demandada de la situación de embarazo de la trabajadora, razón por la que el Tribunal consideró que en estos casos “resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia” (F.J. 4º).
- b) STC 17/2003: en la que aún no constando en los hechos probados el conocimiento por la empresa del estado de embarazo de la trabajadora, el Tribunal consideró que dicha circunstancia no era por sí misma suficiente como para rechazar la existencia de un panorama indiciario de la lesión de derechos fundamentales, toda vez que la situación de la trabajadora era conocida por lo compañeros de trabajo y la decisión extintiva se produce en un momento temporal muy próximo al del conocimiento por estos compañeros de la situación referida.
- c) STC 62/2007: en la que se apreció una vulneración del art. 15 CE, aún no estando acreditado el conocimiento, en este caso por al Administración, de la situación del embarazo de la trabajadora, toda vez que sí se demostró el conocimiento en un momento inmediatamente posterior por aquélla, de forma que “la inactividad administrativa a partir del conocimiento de dicho dato, permaneciendo pasiva desde aquella fecha sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados”.

2. APORTACIONES DE LA NUEVA DOCTRINA PLANTEADA EN LA STC 92/2008

Como hemos visto hasta el momento el TC había elaborado una doctrina en relación con el despido de trabajadoras embarazadas que básicamente venía a admitir la inversión de la carga de la prueba, en relación con el despido de trabajadoras embarazadas, no sólo cuando se probaba el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo de dichas trabajadoras, sino también cuando se podía considerar que el mismo era probable, siendo un claro ejemplo de esto último la forma en cómo el TC resolvió el asunto enjuiciado en la STC 17/2003, en la que se apreció vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, en un caso en el que, si bien no se probó de forma expresa el conocimiento del embarazo por la empresa, se tenía constancia de que personas con cargos en la empresa tenían noticia de tal circunstancia, al tiempo que quedaba “al margen de toda duda la correlación y proximidad temporal entre el conocimiento en el centro de trabajo de ese hecho y la extinción”. Normalmente, la aproximación al fenómeno que nos ocupa se había producido por parte del TC analizando los recursos de amparo desde la perspectiva del art. 14 CE (derecho a la discriminación por razón de sexo), y sólo en alguna ocasión, como en la STC 17/2003 citada, la cuestión se había abordado desde la perspectiva del art. 15 CE (derecho a la integridad física)¹.

En ese sentido, la STC que comentamos en estos momentos resulta novedosa en dos ordenes de cosas:

- a) Uno, por lo que respecta a la perspectiva desde la que el TC se aproxima al asunto enjuiciado: en el presente caso el art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva).
- b) En segundo lugar, en relación con la doctrina que justifica y respalda la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, que, como veremos un poco más adelante, registra nuevas aportaciones respecto a los planteamientos ya asentados por el Alto Tribunal.

En relación con la primera cuestión, la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), hay que recordar que el TC entra a considerar esta perspectiva toda vez que ha resuelto la no existencia de discriminación en el sentido del art. 14 CE, al entender no acreditada la existencia de un despido motivado por el embarazo, toda vez que no aportó la trabajadora al

¹ El distinto enfoque en este caso se explica por la orientación del recurso de amparo planteado.

proceso, como exige la vigente doctrina del TC, indicios de vulneración de su derecho fundamental. De tal manera, que el Alto Tribunal, en consonancia con una de las quejas que plantea la trabajadora en su recurso de amparo, considera razonable entrar a valorar hasta qué punto no se vulnera el mentado derecho a tutela judicial efectiva desde el momento en que los Tribunales han exigido un requisito –la acreditación del conocimiento por el empresario de la situación de embarazo–, que la norma legal –entiéndase art. 55.5 b) ET– no alberga.

La aproximación a esta cuestión se realiza por el TC advirtiendo en primer término que en el presente caso, y de conformidad con la doctrina ya consolidada del propio Tribunal, el canon interpretativo a aplicar tiene que tener el carácter de “reforzado” y las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva deben ser distintas y más estrictas, toda vez que un derecho fundamental como el de no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE), está en juego o puede resultar afectado, si la resolución judicial que resuelve el caso no expresa o trasluce una “argumentación axiológica que sea respetuosa” con el contenido del derecho fundamental en cuestión. Para el TC, las resoluciones judiciales que conocieron en asunto litigioso en manera alguna satisfacen dicho “canon de motivación reforzado”. Y ello porque para el TC –al margen de la parquedad de los pronunciamientos judiciales preexistentes al presente recurso – si nos atenemos a los criterios de interpretación gramatical, lógica y teleológica aplicables (art. 3 Cc), además del criterio último que es la conformidad con la CE, “la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo” (F.J. 8º)².

Se configura en ese sentido –segunda cuestión novedosa de la Sentencia– una suerte de “nulidad objetiva”, que como el propio Tribunal se preocupa en subrayar, resulta “distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero” del art. 55.5 ET “y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación” (F.J. 8º párrafo 4º in fine). Con ello, a juicio de nuestro TC, el legislador ha configurado “un mecanismo de garantía reforzada en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee, además, una clara relevancia constitucional” (F.J. 8º párrafo 6º). Para el TC del tenor legislativo se derivan todo tipo de ventajas (F.J. 8º párrafo 6º):

² De manera contundente afirma, a mayor abundamiento, que “nada en el art. 55.5 b) LET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide” (F.J. 8º).

- a) Desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo, el art. 55.5 b) ET refuerza dicho derecho constitucional al dispensar a la trabajadora de la obligación de practicar una prueba, como es la del conocimiento por la empresa de la situación de embarazo de la misma, que en ocasiones puede resultar de una significativa complejidad.
- b) Se trata de un reforzamiento legislativo que, además, resulta, a juicio del TC, plenamente coherente con el reconocimiento del derecho de la trabajadora a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), desde el momento en que se le exonera “de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí”.
- c) Por último, refuerza igualmente otros fines constitucionales como “la protección de la salud y su seguridad” a que se refiere la Directiva Comunitaria 92/85/CE, o la protección de la familia y de los hijos, “amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada”.

3. APUNTE CRÍTICO

La presente Sentencia debe considerarse sin duda importante dentro de lo que es la construcción doctrinal que en nuestro país los Tribunales han ido elaborando en los últimos años en relación con la protección de la posición jurídica de la mujer trabajadora frente a realidades que dificultan su pleno desarrollo en el mercado laboral. Que duda cabe que la doctrina de la nulidad objetiva, en cuanto nulidad que opera en toda situación de embarazo, “al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”, constituye un paso más, y no pequeño, en la configuración de un entramado jurídico que garantice la igualdad real y efectiva de la mujer trabajadora. Otra cosa es que esa protección jurídica pueda considerarse como excesiva, por perjudicial, para las aspiraciones de las mujeres a la hora de incorporarse al mundo del trabajo, desde el momento en que dicha protección pudiera percibirse por los empresarios como una complicación añadida en la gestión del personal que haga que los mismos incrementen sus reticencias a contratar trabajadoras.

No obstante lo dicho, nuestro interés en el presente caso se ha de centrar, como no puede ser de otra manera, en el análisis crítico de los argumentos jurídicos con los que el TC ha construido esta doctrina de la nulidad objetiva del despido de toda trabajadora embarazada. Y en ese sentido, el primer aspecto a

reseñar guarda relación con la forma en que nuestro Alto Tribunal se aproxima a la resolución del recurso de amparo: la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE.

Como de todos es conocido, la doctrina del TC en relación con el contenido y alcance del art. 24 CE ha experimentado en los últimos años una cierta evolución pasando de la enunciación de una serie de derechos que se consideraban insertos en ese derecho a la tutela judicial efectiva (derecho a una resolución judicial, a un resolución fundada en derecho, a la ejecución de la sentencia, etc.)³, y que permitía hablar de un “contenido positivo” de este derecho, a una suerte de derecho–reacción “frente a excesos o defectos intolerables en el obrar de los tribunales de justicia, y por ende, frente a daños verdaderos y propios en el derecho de la parte que tiene entidad por sí mismos y que le dan sentido a una infracción procesal que, sin ellos, no sería constitucionalmente relevante sino expresiva de la tarea de aplicación de la legalidad ordinaria que incumbe a los jueces y tribunales laborales”⁴. Y por ello, se invocan tan frecuentemente conceptos como la falta de fundamentación de la Sentencia recurrida en amparo, el error, la incongruencia, la arbitrariedad, etc., términos que desde luego, y como en algún caso se ha destacado⁵, remiten a la “no justicia”, en lugar de perfilar lo que es la dispensación de justicia.

Pues bien, como hemos señalado, este es el camino que decide coger el TC para aventurarse en el enjuiciamiento del recurso que se le plantea. Una idea que, no sin razón, no ha terminado de convencer a algunos especialistas que han manifestado ya su discrepancia con el “pie forzado con que el Tribunal Constitucional aborda el asunto”⁶, al considerar que no es apreciable una vulneración de la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación de la Sentencia, y que “quizá hubiera sido mejor abordar de manera frontal el tema, desde la óptica de la no discriminación (art. 14 CE), entendiéndolo que estamos ante un contenido (¿adicional?) del derecho en cuestión”. Ciertamente, y aunque, por ejemplo, el TSJ podía haber sido más explícito en la resolución del pertinente recurso de suplicación, no creemos que la Sentencia recurrida pueda conside-

³ A estos efectos puede resultar de interés la consulta de IGARTUA MIRÓ, M.: *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*, CES, Madrid, 2008, en particular págs. 31 y ss.

⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., MORALES ORTEGA, J.M., y PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “El contenido del art. 24 CE en la jurisprudencia constitucional 2001/02: continuidad básica con variaciones”, RL, Tomo I, 2003, pág. 278.

⁵ De nuevo, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., MORALES ORTEGA, J.M., y PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “El contenido del art. 24 CE...”, op. cit., pág. 278–279.

⁶ SEMPERE NAVARRO, V.A.: “Protección objetiva de la embarazada frente a su despido”, <http://nuevo.westlaw.es/wles/app/print/document/init?with-text=true&content-type=bi>, pág. 13.

rarse insuficientemente motivada –el TC refiere que “lo primero que se advierte es la parquedad del razonamiento”–, otra cosa es que se aprecie que el fallo en ese caso no es conforme con las exigencias que se derivan del derecho consagrado en el art. 14 CE.

Con todo, el TC no termina de perder de vista al art. 14 CE en el presente caso, y prueba de ello es que justamente antes de entrar al nudo de la cuestión y exponer su opinión al respecto el Alto Tribunal plantea que, en esta ocasión, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son “distintas y más estrictas”, “reforzadas”, al estar “implicado (...) vinculado (...) en juego (...) o afectado” por la resolución judicial que se emita un derecho fundamental (F.J. 6º párrafo 3º), en nuestro caso el mencionado art. 14 CE. Plantea por tanto el TC la apreciación en esta ocasión de un canon reforzado de motivación que se traduciría, desde la perspectiva de la art. 24.1 CE, en la exigencia, “además de una resolución motivada y fundada en Derecho”, de “una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego (...) que exprese o trasluzca “una argumentación axiológica que sea respetuosa” con su contenido”.

Largo camino éste el elegido por el TC, si se compara con la otra opción que entendemos posible –la consideración del asunto como un caso en el que lo que está en juego es la posible vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE)–, y que a nuestro juicio registra, además, dos inconvenientes adicionales:

- a) Por un lado, el enjuiciamiento del caso partiendo de la posible vulneración de la tutela judicial efectiva lleva al TC a tratar con dureza las posiciones manifestadas por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, lo que no estimamos acertado por lo menos en el caso del TSJ, pues como hemos referido anteriormente no creemos que exista falta de motivación de la Sentencia, aunque la misma sea parca, otra cosa es que el fallo pueda considerarse que no se ajusta al art. 14 CE. Los órganos judiciales ordinarios pueden tener la impresión de que más que una cuestión de constitucionalidad se invade su competencia para interpretar la legalidad ordinaria.
- b) No se plantea claramente como una aportación más a la doctrina judicial sobre discriminación la fundamentación jurídica que justifica el otorgamiento de amparo a la trabajadora. O dicho de otra manera, se pierde la oportunidad de presentar de una manera directa una aportación en materia de no discriminación como la que nos ocupa, tratando el asunto como un caso típico de potencial discriminación por razón de sexo; en su lugar se resuelve la cuestión considerando que estamos ante una posible vulneración de la tutela judicial efectiva que deriva en su caso, y en segunda instancia, hacia una vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo.

De todas formas, que no compartamos la forma en como el TC ha llegado a la solución que se expresa en el fallo de la Sentencia, no significa que no estemos de acuerdo con el mismo. Que la Directiva 92/85/CE exija para considerar a una trabajadora como embarazada la comunicación de su estado al empresario indudablemente no tiene por qué llevarnos a concluir que la nulidad del despido sólo cabe planteársela cuando dicha comunicación se haya producido, o cuando, en aplicación de la doctrina del TC, existan indicios de tal conocimiento por el empresario. Coincidimos por tanto con el TC en que la legislación española partiendo del análisis del art. 55.5 b) ET resulta en ese sentido mucho más garantista para las trabajadoras, y que el tenor del citado art. 55.5 ET da pie al establecimiento de diferencias entre los dispuesto en el párrafo 1º del art. 55.5 ET y la regla consagrada en el art. 55.5 b) ET. En ese sentido, se podría considerar al art. 55.5 b) ET como una garantía legal reforzada a situar en el contexto del contenido adicional del derecho a la no discriminación (art. 14 CE).

Pero si recuerda el lector, hemos comentado anteriormente que para el TC el mecanismo de garantía reforzada que establece el art. 55.5 b) ET resulta especialmente pertinente desde la perspectiva del art. 18. CE al exonerar a la trabajadora de la obligación de declaración previa de su situación, “sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí”. No se ha de olvidar que este derecho “supone ante todo una garantía de un ámbito reservado de la propia persona y de su vida “interna” y externa frente a la acción y al conocimiento de terceros, tanto los poderes públicos como las personas”⁷, implicando por tanto un “poder de evitar indagar, “espíar”, ejercer controles, o conocer extremos relativos a la esfera de la intimidad”. Y que desde esa perspectiva la trabajadora lo único que tendría que evidenciar en el juicio sobre el despido es el dato incontestable de su situación de embarazo.

Por supuesto, entendemos que el embarazo que desencadena la aplicación de la teoría de la nulidad objetiva es aquél que existe justamente en el momento anterior a que el despido se haga efectivo. Aunque también conviene advertir que dicha nulidad sólo podrá ser efectiva, lógicamente, si la trabajadora conoce de su estado antes de que prescriba el plazo para presentar la correspondiente demanda de despido. De manera que, en aquellos casos en que el conocimiento del embarazo se produzca más allá de los veinte días de plazo existente para impugnar el despido, habría que entender, lógicamente, que la acción en Derecho no sería posible.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: *Contrato de trabajo e intimidad del trabajador*, Universidad de Huelva, Huelva, 2004, pág. 15.

Ciertamente, esta doctrina del TC vuelve a hacer realidad, una vez más, la apreciación efectuada por los especialistas en el sentido de que “la normativa sobre protección del embarazo y la maternidad proporciona un ejemplo típico de supuestos en que circunstancias personales del trabajador se interiorizan en la vida de la empresa, y prevalecen sobre los requerimientos organizativos y económicos de ésta, en atención a la relevancia general del interés del trabajador”⁸. La cuestión es si la garantía reforzada que supone la nulidad objetiva no incidirá, desgraciadamente, de una forma negativa sobre las expectativas de colocación de las mujeres trabajadoras ante las retenciones empresariales, como hemos señalado anteriormente. Lo que sí es claro es que esta doctrina supone un paso cualitativo importante en la protección antidiscriminatoria de la mujer trabajadora, de la misma manera que, y en eso coincidimos con el TC, se ajusta al cumplimiento de otros fines constitucionales como la protección de la familia y de los hijos, al proteger en mayor medida la decisión de la trabajadoras de ser madres y traer hijos al mundo.

⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, TL, núm. 79, 2005, pág. 67.

Reseña de Legislación

Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (julio-septiembre 2008)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

*Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social*
Universidad Pablo de Olavide

ORDEN de 7 julio de 2008, por la que se establecen los contenidos y datos mínimos a consignar en las memorias anuales de los Servicios de Prevención Ajenos. (BOJA núm. 148, de 25 de julio)

La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece las diferentes modalidades de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas en la empresa. El artículo 31 regula los servicios de prevención, que define en su párrafo segundo como el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados. La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, modificó dicho precepto para resaltar como primordial de la competencia técnica de los servicios de prevención en el asesoramiento y apoyo del diseño, implantación y aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Se establece igualmente, como cometido de los servicios de prevención, el asesoramiento y apoyo para la posterior planificación de la actividad preventiva. La regulación legal de la organización de los recursos para las actividades preventivas en la empresa es desarrollada en el Capítulo III del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que entre las modalidades de organización de estos recursos contempla a los servicios de prevención ajenos, estableciendo entre otras cuestiones, los supuestos en los que el empresario ha de recurrir a esta modalidad, los requisitos de las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención, las funciones de estas entidades especializadas, el concierto de la actividad preventiva y el procedimiento de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas. En el Capítulo IV de dicho Reglamento se aborda la regulación de la acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos, cuyo desarrollo se llevó a cabo por la Orden de 27 de junio

de 1997, en cuanto a las condiciones mínimas que han de reunir las entidades especializadas para ser acreditadas como servicios de prevención.

El Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, modifica, entre otros aspectos, los relacionados con las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, con el objetivo de precisar y asegurar una auténtica integración de la actividad preventiva en el seno de la empresa. Con esta finalidad da una nueva redacción al artículo 19 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, en el que se establece expresamente la obligación de dichas entidades de contribuir a la efectividad de la integración de las actividades de prevención a ellas encomendadas en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma. Asimismo, modifica parcialmente la redacción de su artículo 20, en lo referente a los aspectos que debe consignar el concierto de la actividad preventiva, incluyendo la valoración de la efectividad de la integración de la prevención de riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa a través de la implantación y aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales en relación con las actividades concertadas. Por último, el artículo 20.2 del Reglamento de los Servicios de Prevención, establece que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán mantener a disposición de las autoridades laborales y sanitarias competentes una memoria anual en la que incluirán de forma separada las empresas o centros de trabajo a los que se han prestado servicios durante dicho periodo, indicando en cada caso la naturaleza de éstos.

A juicio del legislador autonómico, la ausencia de un modelo unificado de la memoria anual que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deben mantener a disposición de las autoridades laborales y la escasa concreción de los datos que éstas deben contener, aconsejan la intervención normativa para establecer los contenidos y datos mínimos a consignar en las citadas memorias anuales, con la finalidad de que la Junta de Andalucía pueda obtener una información global de los recursos y actuaciones realizadas por las empresas y los servicios de prevención. El modelo de memoria anual establece los contenidos y datos mínimos que se han de reflejar los servicios de prevención ajenos en dicho documento (art. 1), que deberán remitir de forma periódica antes de finalizar el primer trimestre de cada año (art. 3). La autoridad laboral competente dispondrá de un plazo de seis meses, para examinar y valorar el contenido de la memoria anual (art. 5).

ORDEN de 17 de julio de 2008, por la que se modifica la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local. (BOJA de núm. 148, de 25 de julio).

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre crea el Servicio Andaluz de Empleo, como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía. El artículo 3.i) encomienda a dicho servicio la promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales. Por su parte, el art. 4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo dispone que las políticas de empleo en

su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarse a las necesidades de su territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local. Mediante la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E, se pretendió adecuar la normativa andaluza a los Programas regulados en la Orden TAS de 15 de julio de 1999, por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificadas como I+E.

El Capítulo II de dicha norma regula las ayudas para la contratación de los Agentes Locales de Promoción de Empleo (ALPES) a favor de los Consorcios UTEDLT, así como a favor de los Ayuntamientos de capitales de provincia de Andalucía, las Diputaciones Provinciales de Andalucía, y las entidades dependientes o vinculadas a dichas Corporaciones Locales. La modificación del artículo 10 de la Orden TAS de 15 de julio de 1999 –que regula el período máximo durante el que se puede conceder la subvención para la contratación de un mismo Agente de Empleo y Desarrollo Local–, llevada a cabo por la Orden TAS 360/2008, de 6 de febrero de 2008, ha supuesto la supresión del citado período máximo durante el cual se puede conceder la subvención para la contratación de un Agente, lo que obligaba a adecuar los artículos 11 y 13 de la normativa autonómica –que regulan, respectivamente, el Programa de los ALPES a favor de los Consorcios UTEDLT, y a favor de los Ayuntamientos de capitales de provincia de Andalucía y Diputaciones Provinciales– a la normativa estatal citada (se concederán por un año de duración prorrogable por periodos igualmente anuales).

Por otra parte, se incrementa, hasta el 12% de la masa salarial bruta del conjunto del personal de cada Consorcio, el porcentaje máximo subvencionable en concepto de incentivo a favor de los Consorcios UTEDLT (artículo 6.4).

DECRETO 415/2008, de 22 de julio, por el que se garantiza a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farmacéutica gratuita del sistema sanitario público de Andalucía. (BOJA núm. 152, de 31 de julio de 2008)

El art. 43 CE tras reconocer el derecho a la protección de la salud y establece que los poderes públicos organizarán y tutelarán la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Por su parte, el artículo 22.2.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone que los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a acceder a todas las prestaciones del sistema; en paralelo, el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias (art. 61). En cumplimiento de tales normas, el art. 4 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, prevé la posibilidad de inclusión de nuevas prestaciones en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, junto con las prestaciones mínimas establecidas para el Sistema Nacional de Salud. Asimismo, en el artículo 6.2 de la citada Ley se

establece que los niños, junto a otros colectivos específicos que también se reconocen, tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales preferentes. El artículo 59.b) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en el que se determinan los medicamentos comprendidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se contienen los medicamentos incluidos por decisión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con cargo a sus propios presupuestos y en las condiciones que se determinen.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, con el objetivo de reforzar la protección de la salud en la primera infancia, reconoce el derecho a la obtención gratuita de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, para los menores de un año (art. 1).

ORDEN de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (BOJA 166, de 21 de agosto)

Entre las políticas activas de empleo, la formación de los trabajadores constituye una de las herramientas tradicionales de fomento del crecimiento económico, mejora del bienestar colectivo e impulso la cohesión social de nuestra Comunidad. Las empresas incorporan la formación permanente a su estrategia de negocio y consideran que el capital humano es su principal activo, imprescindible para competir con éxito en los mercados globalizados. Desde 1993, los Agentes Sociales han contribuido al diseño, gestión e implantación de un modelo de formación continua, que persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad. Para ello fue suscrito el VI Acuerdo de Concertación Social, que en su apartado III.1.4 establece medidas específicas para implantar en Andalucía la Cultura de la Calidad en el Empleo, planteando como uno de sus objetivos la consolidación de la formación continua como oferta permanente de aprendizaje para los trabajadores y trabajadoras, así como el fomento del reconocimiento y la acreditación de las cualificaciones profesionales de los mismos, garantizándose la participación de los agentes sociales y económicos. El R.D. 395/2007, de 23 de marzo, regula el subsistema de formación profesional para el empleo, contemplando en su art. 23 que en el ámbito autonómico la oferta de formación profesional para el empleo comprenderá la formación dirigida a trabajadores desempleados y ocupados, estableciendo en su artículo 24 las condiciones para el desarrollo de los Planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados, todo ello al objeto de favorecer que éstos puedan optar a un reconocimiento efectivo de la formación que reciban en orden a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y toda su normativa de desarrollo. Este Real Decreto ha sido desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo, Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, que desarrolla los programas formativos dirigidos preferentemente a los trabajadores ocupados.

La Orden comentada tiene por objeto la aprobación de las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación

de los Planes de Formación de oferta dirigidos prioritariamente a trabajadores y trabajadoras ocupados/as previstos en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y Orden TASS 718/2008, de 7 de marzo mediante la suscripción de convenios suscritos por el Servicio Andaluz de Empleo y las entidades descritas en el artículo 4 de la misma (art. 1). La formación de oferta tiene por finalidad ofrecer a los trabajadores, tanto ocupados como desempleados, una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo que atienda a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas y a las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de los trabajadores. Asimismo, se dirige a proporcionar a los trabajadores una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y el acceso al empleo, promoviendo la realización de itinerarios integrados de formación para la inserción profesional y favoreciendo que los trabajadores puedan optar a un reconocimiento efectivo de la formación que reciban.

ORDEN de 7 de julio de 2008, por la que se establecen los contenidos y datos mínimos a consignar en las memorias anuales de los Servicios de Prevención Ajenos.

I

El Capítulo IV de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, bajo la rúbrica «Servicios de prevención», establece las diferentes modalidades de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas en la empresa. El artículo 31 de este Capítulo de la Ley regula los servicios de prevención, que define en su párrafo segundo como el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados.

Este Capítulo fue objeto de modificaciones por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de

Riesgos Laborales, que tienden a conseguir una efectiva integración de la prevención de riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa, con la finalidad de combatir de forma activa la siniestralidad laboral, objetivo general que inspira las modificaciones que esta Ley efectúa de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En la nueva redacción del artículo 31 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, se resalta como propio y primordial de la competencia técnica de los servicios de prevención y materia en la que, en consecuencia, deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes, no sólo el diseño, sino también la implantación y aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Se establece igualmente, como cometido de los servicios de prevención, el asesoramiento y apoyo para la posterior planificación de la actividad preventiva.

II

La regulación legal de la organización de los recursos para las actividades preventivas en la empresa es desarrollada en el Capítulo III del Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que entre las modalidades de organización de estos recursos contempla a los servicios de prevención ajenos, estableciendo entre otras cuestiones, los supuestos en los que el empresario ha de recurrir a esta modalidad, los requisitos de las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención, las funciones de estas entidades especializadas, el concierto de la actividad preventiva y el procedimiento de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas. En el Capítulo IV de dicho Reglamento se aborda la regulación de la acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos, cuyo desarrollo se llevó a cabo por la Orden de 27 de junio de 1997, en cuanto a las condiciones mínimas que han de reunir las entidades especializadas para ser acreditadas como servicios de prevención.

El Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, aborda la modificación de algunos artículos del Reglamento de los Servicios de Prevención, para hacer efectiva la reforma legal operada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, anteriormente citada.

El citado Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, modifica, entre otros aspectos, los relacionados con las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, con el objetivo de precisar y asegurar una auténtica integración de la actividad preventiva en el seno de la empresa. Con esta finalidad da una nueva redacción al artículo 19 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, en el que se establece expresamente la obligación de dichas entidades de contribuir a la efectividad de la integración de las actividades de prevención a ellas encomendadas en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma.

Asimismo, modifica parcialmente la redacción de su artículo 20, en lo referente a los aspectos que debe consignar el concierto de la actividad preventiva, incluyendo la valoración de la efectividad de la integración de la prevención de riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa a través de la implantación y aplicación del Plan de Prevención de Riesgos Laborales en relación con las actividades concertadas.

IV

Por otra parte, el artículo 20.2 del Reglamento de los Servicios de Prevención, establece que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deberán mantener a disposición de las autoridades laborales y sanitarias competentes una memoria anual en la que incluirán de forma separada las empresas o centros de trabajo a los que se han prestado servicios durante dicho periodo, indicando en cada caso la naturaleza de éstos.

V

El Plan General de Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, resultado del consenso de los agentes económicos y sociales y la Administración de la Junta de Andalucía en el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, establece, entre sus acciones, la aprobación de una Orden cuyo contenido contemple la mejora de la calidad del funcionamiento de los servicios de prevención (Acción 19).

VI

Por último, el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito el 25 de enero de 2005 por la Junta de Andalucía, la Confederación de Empresarios de Andalucía, y las Organizaciones Sindicales, Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, ratifica el compromiso de las partes firmantes de impulsar el cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, de la reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo, contenidos en el citado Plan General, así como de la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijadas en el mismo.

VII

Las razones expuestas, y, especialmente, la ausencia de un modelo unificado de la memoria anual que las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención deben mantener a disposición de las autoridades laborales y la escasa concreción de los datos que éstas deben contener, hacen necesario establecer los contenidos y datos mínimos a

consignar en las citadas memorias anuales, con la finalidad de que la Administración de la Junta de Andalucía pueda obtener una información global de los recursos y actuaciones realizadas por las empresas y los servicios de prevención.

En el modelo de memoria anual que se aprueba a través de esta Orden, se resalta y precisa las modificaciones legales y reglamentarias, anteriormente referidas, en lo relativo a la obligación de los servicios de prevención ajenos de contribuir a la efectividad de la integración de las actividades de prevención, a ellos encomendados en el conjunto de la actividad de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma.

VIII

La presente Orden se dicta en ejercicio de las competencias exclusivas de esta Comunidad Autónoma sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de su organización propia y la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía, atribuidas por el artículo 47.1.1.^a del Estatuto de Autonomía para Andalucía, así como de las competencias ejecutivas atribuidas por el artículo 63.1.4.^o de dicho Estatuto, conforme al cual “corresponden a la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso: la Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo”.

En su virtud, y en uso de las competencias que me están conferidas por los artículos 21 y 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por el Decreto 118/2008, de 29 de abril, por el que se

establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, a propuesta de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral,

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto.*

La presente Orden tiene por objeto establecer los contenidos y datos mínimos que se han de incluir en las memorias anuales de los servicios de prevención ajenos, que actúen como tales en empresas que desarrollen sus actividades en el territorio de Andalucía o en parte de dicho territorio.

Artículo 2. *Ámbito de aplicación y contenido de las memorias anuales.*

1. Las entidades especializadas acreditadas por la Dirección General competente en materia de seguridad y salud laboral, conforme a la normativa aplicable, para actuar como servicios de prevención ajenos, deberán incluir en la memoria anual prevista en el artículo 20.2 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, los contenidos y datos mínimos que se especifican en el Anexo de la presente Orden.

En esta memoria anual las entidades especializadas deberán incluir los contenidos y datos relativos a todas las empresas y todos los centros de trabajo a los que extienda su actividad preventiva, aunque éstos se encuentren radicados fuera del territorio de Andalucía.

2. Las entidades especializadas que hubieran sido acreditadas por la autoridad laboral competente en las mencionadas materias de otra comunidad autónoma, que actúen como servicios de prevención ajenos en centros de trabajo radicados en el

territorio de Andalucía, deberán cumplimentar únicamente los contenidos y datos mínimos de la memoria anual relativos a estos centros de trabajo.

Artículo 3. *Plazo de remisión de la memoria anual y autoridad competente.*

Las entidades a las que se refiere el artículo anterior remitirán la memoria anual, objeto de regulación en esta disposición, a la Dirección General competente en materia de seguridad y salud laboral, antes de finalizar el primer trimestre de cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en relación con la autoridad sanitaria competente.

Artículo 4. *Forma y lugar de presentación de las memorias anuales.*

1. Las memorias anuales se presentarán en el Registro Telemático Único de la Administración de la Junta de Andalucía, a través del portal de la Administración de la Junta de Andalucía <http://www.andaluciajunta.es>, dentro del apartado «administración electrónica», así como en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección www.juntadeandalucia.es/empleo, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (internet).

La presentación en la forma indicada de las memorias anuales producirán los mismos efectos jurídicos que las solicitudes formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Para utilizar este medio de presentación, los interesados deberán disponer del certificado reconocido de usuario X509, clase 2 v3, expedido por la Fábrica de Moneda y Timbre, de conformidad con lo previsto en el referido Decreto 183/2003, de 24 de junio.

Se emitirá al interesado un recibo electrónico de la presentación telemática de la memoria anual, de forma que el interesado tenga constancia de que la comunicación ha sido recibida por la Administración y pueda referirse a ella posteriormente.

2. También podrán presentarse las memorias anuales en soporte informático, en los Registros de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de empleo, en cuyo territorio radique el domicilio de la entidad especializada acreditada, o en el que radique el domicilio de las empresas o centros de trabajo a los que presta sus servicios de prevención, en el Registro General de la Consejería de Empleo, o en los lugares y por los medios indicados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 5. Examen y comprobación de datos.

1. La autoridad laboral competente dispondrá de un plazo de seis meses, a contar desde el día siguiente al de la presentación de las memorias anuales, para examinar y valorar los contenidos y datos aportados en las mismas, y si no dicta y notifica resolución alguna en el expresado plazo, se entenderá a todos los efectos que considera correctos y completos los contenidos y datos aportados en dichas memorias anuales.

2. Si en el indicado plazo, y como consecuencia de dicho examen, la

Autoridad Laboral comprobara alguna omisión o irregularidad, requerirá a la entidad interesada para que, en un plazo de diez días, subsane aquellas, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Si se tratare de omisiones o irregularidades que afectaran sustancialmente a las condiciones de acreditación de las entidades especializadas o al desarrollo de sus actividades, la autoridad laboral procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención y en el artículo 3 de la Orden 27 de junio de 1997 de desarrollo de dicho Reglamento, en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas, de autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y de autorización de las entidades públicas o privadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales.

Artículo 6. Derechos de las entidades especializadas interesadas.

Las entidades especializadas interesadas podrán en cualquier momento obtener información personalizada por vía telemática del estado de tramitación del procedimiento y, en general, ejercitar los derechos contemplados en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a través de los

medios y formas previstas en el artículo 4 de la presente Orden para la presentación de las memorias anuales.

Artículo 7. Programas y aplicaciones informáticas.

Los programas y aplicaciones que hagan posible la cumplimentación por vía telemática de la memoria anual a la que se refiere la presente Orden, serán aprobados por la Dirección General competente en materia de seguridad y salud laboral.

Disposición adicional única.
Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral para

cuantas actuaciones sean necesarias para la ejecución y aplicación de la presente Orden.

Disposición final única.
Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 7 de julio de 2008

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 17 de julio de 2008, por la que se modifica la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local.

Mediante la Ley 4/2002, de 16 de diciembre (BOE núm. 153, de 28 de diciembre de 2002), se crea el Servicio Andaluz de Empleo, como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía, recogién-dose en el apartado i) del artículo 3 de la citada Ley, entre sus funciones, la promoción y el desarrollo del empleo local, atendiendo a las necesidades específicas de cada territorio y en coordinación con las Administraciones Locales.

Por otra parte, y tras la culminación del proceso de traspaso de la gestión realizada por la Administración General del Estado (Instituto Nacional de Empleo) en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación a la Comunidad Autónoma de Andalucía

—llevada a cabo mediante el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril—, se procedió a modificar aquellos Programas de Promoción del Empleo en el entorno local de nuestra Comunidad en aras a integrar en los mismos las distintas ayudas que respecto a esta materia venían siendo gestionadas por la citada Administración General del Estado, entre otros, el Programa de Agentes de Empleo y Desarrollo Local.

La importancia que el desarrollo local tiene en las políticas activas de empleo se pone de manifiesto en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003), que en su artículo 4 —bajo la rúbrica «la dimensión local de la política de empleo»—, dispone

que las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarse a las necesidades de su territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local.

Con estos antecedentes normativos, mediante la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y empresas calificadas como I+E (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), se adecuaron a la normativa andaluza los Programas regulados en la Orden TAS de 15 de julio de 1999, por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificadas como I+E.

Así, el Capítulo II, de la ya citada Orden de 21 de enero de 2004, regula las ayudas para la contratación de los Agentes Locales de Promoción de Empleo (ALPES) a favor de los Consorcios UTEDLT, así como a favor de los Ayuntamientos de capitales de provincia de Andalucía, las Diputaciones Provinciales de Andalucía, y las entidades dependientes o vinculadas a dichas Corporaciones Locales, habiéndose convertido la actuación de estos Agentes en un elemento clave en la dinamización de las políticas activas de empleo en el entorno local, según las necesidades específicas de cada territorio.

La modificación del artículo 10 de la Orden TAS de 15 de julio de 1999 –que regula el período máximo durante el que se puede conceder la subvención para la contratación de un mismo Agente de Empleo y Desarrollo Local–, llevada a cabo por la

Orden TAS 360/2008, de 6 de febrero de 2008 (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2008), ha supuesto la supresión del citado período máximo durante el cual se puede conceder la subvención para la contratación de un Agente, considerándose conveniente adecuar los artículos 11 y 13 de la normativa autonómica –que regulan, respectivamente, el Programa de los ALPES a favor de los Consorcios UTEDLT, y a favor de los Ayuntamientos de capitales de provincia de Andalucía y Diputaciones Provinciales– a la normativa estatal citada, dando continuidad y aprovechando al máximo la experiencia de los Agentes.

Por otra parte, se considera necesario incrementar el porcentaje máximo subvencionable en concepto de incentivo a favor de los Consorcios UTEDLT, regulado en el apartado 4 del artículo 6 de la citada Orden, en aras de una mejor aplicación de la consecución de los objetivos establecidos en los Contratos Programas suscritos entre los Consorcios UTEDLT y el Servicio Andaluz de Empleo.

El Consejero de Empleo es competente para dictar la presente Orden en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.c) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, así como en el artículo 107 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por todo lo anterior, en uso de las atribuciones que me confiere la legislación vigente, y a propuesta de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo,

D I S P O N G O

Artículo único. Modificación de la Orden de 21 de enero de 2004, por la

que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de la Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local.

La Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de la Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Tecnológico, y empresas calificadas como I+E dirigidas al fomento del desarrollo local (BOJA núm. 22, de 3 de febrero de 2004), modificada por la Orden de 22 de noviembre de 2004 (BOJA núm. 232, de 26 de noviembre de 2004), por Orden de 9 de noviembre de 2005 (BOJA núm. 222, de 14 de noviembre de 2005), y por la Orden de 23 de octubre de 2007 (BOJA núm. 226, de 16 de noviembre de 2007), queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 6, que queda redactado en los siguientes términos:

«Asimismo, se financiarán los importes resultantes de la consecución de los objetivos recogidos en los Contratos Programas suscritos entre la Consejería de Empleo o el Servicio Andaluz de Empleo y los Consorcios de las UTEDLT referentes al ejercicio anterior, con un máximo del 12% sobre la masa salarial bruta del conjunto del personal de cada Consorcio.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 11, que queda redactado en los siguientes términos:

«La subvención del Servicio Andaluz de Empleo por cada Agente Local de Promoción de Empleo se concederá por un período de un año, pudiéndose conceder prórrogas de la misma por periodos anuales.»

Tres. Se suprime el apartado 3 del artículo 11.

Cuatro. Se modifica el apartado 5 del artículo 13, que queda redactado en los siguientes términos:

«La subvención del Servicio Andaluz de Empleo por cada Agente Local de Promoción de Empleo se concederá por un período de un año, pudiéndose conceder prórrogas de la misma por periodos anuales.»

Cinco. Se suprime el apartado 6 del artículo 13, pasando a ser los actuales apartados 7, 8, 9, 10 y 11, apartados 6, 7, 8, 9 y 10.

Disposición transitoria única.

Aplicación retroactiva.

1. La modificación del apartado 4 del artículo 6 introducida por esta Orden será de aplicación a aquellas solicitudes acogidas a los Programas de ayudas regulados en el Capítulo I (artículo 6.4) y en el Capítulo II (artículo 9.3) de la Orden de 21 de enero de 2004, presentadas entre el 15 de noviembre y el 15 de diciembre de 2007.

2. La modificación del apartado 2 del artículo 11 y del apartado 5 del artículo 13 llevada a cabo en la presente Orden será de aplicación a las subvenciones por contratación de Agentes Locales de Promoción de Empleo ya concedidas, y a las correspondientes contrataciones existentes en el momento de la entrada en vigor de la misma.

Disposición final única.

Entrada en vigor.

La presente Orden entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 17 de julio de 2008

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

DECRETO 415/2008, de 22 de julio, por el que se garantiza a la población infantil menor de un año el derecho a la prestación farmacéutica gratuita del sistema sanitario público de Andalucía.

La Constitución Española, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que los poderes públicos organizarán y tutelarán la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

El artículo 22.2.a) del Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone que los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a acceder a todas las prestaciones del sistema.

A su vez, el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias.

Por su parte, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, en su artículo 4, prevé la posibilidad de inclusión de nuevas prestaciones en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, junto con las prestaciones mínimas establecidas para el Sistema Nacional de Salud. Asimismo, en el artículo 6.2 de la citada Ley se establece que los niños, junto a otros colectivos específicos que también se reconocen, tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales preferentes.

El artículo 41 de Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, recoge el principio de igualdad en la promoción y protección de la salud.

Finalmente, en el artículo 59.b) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en el que se determinan los medicamentos comprendidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se contienen los medicamentos incluidos por decisión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con cargo a sus propios presupuestos y en las condiciones que se determinen.

La financiación pública del medicamento es un elemento imprescindible de protección de la salud en el sistema sanitario que facilita el acceso de todos aquellos que necesitan la prestación farmacéutica.

No obstante, la racionalización del gasto farmacéutico y la limitación de los recursos existentes exigen una aportación económica de las personas usuarias, salvo en los supuestos de exención legalmente establecidos para determinados colectivos con necesidades específicas.

La Comunidad Autónoma de Andalucía en el ejercicio de sus competencias y en aras de reforzar la protección de la salud en la primera infancia, por ser de vital importancia para la vida futura, y en línea con lo realizado en otros países del entorno europeo, ha adoptado las medidas necesarias para que la población infantil menor de un año tenga garantizado el acceso a los medicamentos y productos sanitarios que necesiten, mediante el derecho a la gratuidad de los mismos.

En su virtud, a propuesta de la Consejera de Salud, de conformidad

con lo establecido en los artículos 21.3 y 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 22 de julio de 2008,

DISPONGO

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

Constituye el objeto del presente Decreto garantizar a la población infantil menor de un año el derecho a la obtención gratuita de los medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Artículo 2. *Personas beneficiarias.*

Tendrán la condición de personas beneficiarias las menores de un año que tengan derecho a la prestación farmacéutica de la Seguridad Social.

Artículo 3. *Acceso a la prestación*

1. Para acceder a la prestación farmacéutica en condiciones de gratuidad, las personas beneficiarias, referidas en el artículo 2 de este Decreto, serán identificadas ante el Sistema Sanitario Público de Andalucía mediante la tarjeta sanitaria individual, el justificante de haberla solicitado hasta que se produzca la expedición de dicha tarjeta, o mediante el documento temporal del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

2. La información contenida en la Base de Datos de Usuarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía, gestionada y administrada por

el Servicio Andaluz de Salud, acreditará el derecho de dichas personas a la gratuidad de la prestación farmacéutica.

Artículo 4. *Modelos oficiales de recetas.*

La prescripción o autorización de los medicamentos y productos sanitarios se realizará mediante el sistema de receta electrónica, regulado en el Decreto 181/2007, de 19 de junio, o a través de los modelos oficiales de recetas del Sistema Sanitario Público de Andalucía utilizados para los colectivos exentos de aportación económica. En las recetas deberá incorporarse la leyenda «Medicamento financiado por la Junta de Andalucía».

Artículo 5. *Dispensación.*

Las oficinas de farmacia establecidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía dispensarán los medicamentos y productos sanitarios, prescritos en las correspondientes recetas debidamente cumplimentadas, sin aportación económica alguna por parte de las personas beneficiarias a que se refiere este Decreto.

Artículo 6. *Financiación.*

En el supuesto de obtención gratuita de medicamentos y productos sanitarios que se garantiza mediante este Decreto, la aportación económica que correspondería satisfacer a las personas usuarias será financiada con cargo a los fondos propios de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Disposición final primera. *Desarrollo.*

Se faculta a la Consejera de Salud para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición final segunda.*Entrada en vigor.*

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 22 de julio de 2008

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MARÍA JESÚS MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud

ORDEN de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

PREÁMBULO

Entre las políticas activas de empleo, la formación de los trabajadores constituye una de las herramientas más sólidas para fomentar el crecimiento económico, mejorar el bienestar colectivo e impulsar la cohesión social de nuestra Comunidad. Las empresas, cada vez más, están incorporando la formación permanente a su estrategia de negocio y consideran que el capital humano es su principal activo, imprescindible para competir con éxito en los mercados globalizados.

Desde 1993, los Agentes Sociales, con la posterior incorporación de la Administración, sin menoscabo del protagonismo de los mismos, en un marco de permanente diálogo social, han contribuido poderosamente al diseño, gestión e implantación de un modelo de formación continua, que aunando los intereses de los trabajadores y las empresas persigue como último fin la creación y mantenimiento del empleo y el incremento de la productividad. Para ello fue suscrito el VI Acuerdo de Concertación Social entre la Junta de Andalucía y los sindicatos mayoritarios en nuestra Comunidad Autónoma; Unión General de Traba-

jadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, así como con la Confederación de Empresarios de Andalucía. En el apartado III.1.4 de dicho acuerdo fueron especificadas medidas específicas para implantar en Andalucía la Cultura de la Calidad en el Empleo, con actuaciones que permitan la cualificación de los recursos humanos, planteando como uno de sus objetivos la consolidación de la formación continua como oferta permanente de aprendizaje para los trabajadores y trabajadoras, así como el fomento del reconocimiento y la acreditación de las cualificaciones profesionales de los mismos, garantizándose la participación de los agentes sociales y económicos.

El R.D. 395/2007, de 23 de marzo, regula el subsistema de formación profesional para el empleo, contemplando en su art. 23 que en el ámbito autonómico la oferta de formación profesional para el empleo comprenderá la formación dirigida a trabajadores desempleados y ocupados, estableciendo en su artículo 24 las condiciones para el desarrollo de los Planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados, todo ello al objeto de favorecer que éstos puedan optar a un reconocimiento

efectivo de la formación que reciban en orden a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y toda su normativa de desarrollo.

Este Real Decreto ha sido desarrollado por la Orden del Ministerio de Trabajo, Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo, que desarrolla los programas formativos dirigidos preferentemente a los trabajadores ocupados.

En el tratamiento de esta materia, hemos de tener en cuenta el interés social que supone la labor de los agentes sociales en este permanente aprendizaje para los trabajadores y trabajadoras, ya que las acciones de formación y de reconocimiento de las cualificaciones profesionales que las entidades beneficiarias de estas ayudas desarrollan vienen a contribuir sustancialmente a la mejora de la empleabilidad en Andalucía y, en definitiva a mejorar el tejido socio-económico de nuestra Comunidad Autónoma.

Por todo ello, a propuesta de la Dirección General de Formación para el Empleo, de acuerdo con los Agentes Sociales y Económicos representados en el Consejo Andaluz de Formación Profesional y teniendo en cuenta los preceptivos informes, dispongo:

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación.*

1. La presente Orden tiene por objeto la aprobación y regulación de las Bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la financiación de los Planes de Formación de oferta dirigidos prioritariamente a trabajadores y trabajadoras ocupados/as previstos en el

Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y Orden TASS 718/2008, de 7 de marzo mediante la suscripción de convenios suscritos por el Servicio Andaluz de Empleo y las entidades descritas en el artículo 4 de la presente Orden.

La formación de oferta tiene por finalidad ofrecer a los trabajadores, tanto ocupados como desempleados, una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo que atienda a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas y a las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de los trabajadores. Asimismo, se dirige a proporcionar a los trabajadores una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las distintas profesiones y el acceso al empleo, promoviendo la realización de itinerarios integrados de formación para la inserción profesional y favoreciendo que los trabajadores puedan optar a un reconocimiento efectivo de la formación que reciban.

2. El ámbito de aplicación de esta orden se extiende a todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

CAPÍTULO II

Presupuesto

Artículo 2. *Presupuesto para la financiación de los convenios.*

Los convenios suscritos al amparo de esta convocatoria se financiarán con cargo a los créditos presupuestarios destinados a la financiación de la formación que se determinen en los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en las modificaciones presupuestarias aprobadas reglamentariamente con cargo al Presupuesto de Gastos del Servicio Andaluz de Empleo.

CAPÍTULO III

Tipos de convenios y entidades solicitantes**Artículo 3. Convenios.**

1. Los convenios contendrán como mínimo las siguientes especificaciones:

- a) Objeto del convenio.
- b) Plan de formación en el que se deberán detallar los Apartados descritos en el artículo 18 de la presente Orden.
- c) Ámbito territorial y temporal de aplicación.
- d) Financiación.
- e) Normativa aplicable.
- f) Comisión Mixta de Seguimiento, especificando su composición, número de miembros y régimen de funcionamiento.
- g) Causa de resolución y efectos.
- h) Vigencia y denuncia del convenio indicando los supuestos, las formalidades y los plazos para ello.
- i) Entidades asociadas al convenio, haciendo constar los compromisos y cuantías que asume gestionar cada una de ellas. Igualmente, tanto las entidades vinculadas, como los subcontratistas podrán comunicarse con posterioridad a la resolución de concesión tal como dispone el art. 19.2 de la presente Orden.
- j) Entidades que colaboren en la ejecución del convenio con indicación, en su caso, de las que sean vinculadas a la Entidad beneficiaria.

2. Se podrán suscribir los siguientes tipos de convenios:

A) Convenio para la ejecución de planes de formación intersectoriales, dirigidos prioritariamente a la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica. Asimismo podrán incluir acciones formativas destinadas a la capacitación de trabajadores para labores de

representación y negociación en los ámbitos de la negociación colectiva.

B) Convenio para la ejecución de planes de formación de ámbito sectorial dirigidos a los sectores productivos que figuran en el Anexo V, con el fin de desarrollar acciones formativas de interés general para dichos sectores y satisfacer necesidades específicas de formación de los mismos. Este tipo de acciones también podrán estar dirigidas al reciclaje y recualificación de trabajadores procedentes de sectores en situación de crisis. Se entenderá por situación de crisis cuando la empresa para la que trabaje el alumno haya presentado o tenga aprobado judicialmente un Concurso de Acreedores, que se haya sometido a Expediente de regulación de Empleo o haya reducido su plantilla en al menos el 10% con un mínimo de cuatro bajas en los últimos doce meses. Esta situación habrá de acreditarse al momento de la solicitud.

C) Convenio para la ejecución de planes de formación que incorporen prioritariamente a trabajadores y socios trabajadores y de trabajo de dos o más cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de la economía social que, sin pertenecer a un mismo sector productivo, atiendan demandas formativas derivadas de la naturaleza jurídica de aquellas o de necesidades de carácter transversal.

D) Convenio para la ejecución de planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores autónomos, con el fin de mejorar su capacitación en las competencias relacionadas con la actividad que desarrollen, bien de carácter sectorial o bien transversal u horizontal.

Artículo 4. Entidades solicitantes: Requisitos y acreditación.

1. Podrán solicitar la concesión de subvenciones públicas para la

suscripción de los distintos tipos de convenio señalados en el artículo 3.2 de la presente convocatoria, las siguientes entidades:

a) Las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz de carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas, podrán solicitar los convenios para la ejecución de los planes de formación previstos en los apartados A, B y D del artículo 3.2 de esta Orden.

b) Las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz de carácter sectorial que, estando inscritas en el Registro de Asociaciones Empresariales y Sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, tengan el carácter de más representativas o representativas en los respectivos sectores, los convenios previstos en el apartado B del artículo 3.2 de esta Orden.

c) Las confederaciones y federaciones de cooperativas o sociedades laborales con notable implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de carácter intersectorial, los convenios para la ejecución de planes de formación previstos en el apartado C del artículo 3.2 de esta Orden.

d) Las asociaciones de trabajadores autónomos, con carácter intersectorial, que tengan suficiente implantación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, con experiencia acreditada en la gestión y desarrollo de acciones formativas por sí mismas o a través de sus organizaciones asociadas, los convenios para la ejecución de planes de formación previstos en el apartado D del artículo 3.2 de esta Orden.

2. Las entidades solicitantes deberán cumplir las obligaciones y

requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las previstas en el artículo 14 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y artículo 29 de la Ley 3/2004 de Medidas Tributarias Administrativas y Fiscales, sin que puedan tener en periodo ejecutivo ningún tipo de deudas de derecho público frente a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Además, deberán comunicar oportunamente los posibles cambios de domicilio que se produzcan durante el período en el cual la subvención esté sometida a control.

3. No podrán tener la condición de beneficiario aquellas entidades en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar por causa de la que hubiesen sido declarados culpables a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, por la que se regulan los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General

del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los Cargos Electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento en las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.

h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según la Ley 38/2003 o la Ley General Tributaria.

No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, si concurriera en cualquiera de sus miembros cualquiera de las anteriores prohibiciones.

4. En ningún caso podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones incurso en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Tampoco podrán obtener la condición de beneficiario las asociaciones respecto de las que se hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002 en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

La justificación de no hallarse incurso en alguna de dichas circunstancias se efectuará mediante la presentación de declaración responsable al efecto.

5. Una misma entidad no podrá solicitar, con cargo a esta convocatoria, la suscripción de más de un convenio para un mismo sector cuando se trate de ejecutar planes de formación sectoriales, o bien para el mismo tipo de convenio en el caso de los supuestos restantes.

Artículo 5. Obligaciones de los beneficiarios.

Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y en la presente Orden, constituyen obligaciones de los beneficiarios:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención. Esto se realizará mediante la aportación de cuanta información y documentación que se requiera durante la fase de instrucción del procedimiento, ejecución de la formación y justificación de la subvención, así como tener a disposición de los órganos de control competentes los documentos acreditativos de la asistencia de los trabajadores a las acciones formativas.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes,

tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente o la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas.

Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos. Cuando las actividades formativas hayan sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, procedencia y la aplicación de tales fondos a la actividad subvencionada.

e) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión de la subvención y a realizarse el pago de la misma que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, además de no ser deudor en periodo ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Remitir al órgano competente una comunicación de inicio de la formación que va a desarrollar, incluida cualquier modificación poste-

rior y, en su caso, la certificación de finalización, conforme al contenido, plazos y procedimiento que a tal efecto se establecerá. La falta de comunicación en los plazos establecidos implicará que la correspondiente acción formativa o grupo de participantes se considere no realizada a efectos de la justificación de la subvención, salvo que la no comunicación en plazo se deba a causas imprevistas, debidamente justificadas y comunicadas en el momento en que se produzcan.

h) Garantizar la gratuidad de las acciones formativas para los participantes en la formación subvencionada.

i) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control. Las entidades que decidan suspender su actividad o disolverse, deberán remitir copia de la citada documentación a la Dirección General de Formación para el Empleo.

j) Adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

k) Haber realizado o, en su caso, garantizado las devoluciones de cantidades concedidas y pagadas en convocatorias anteriores y cuya devolución le haya sido exigida mediante reclamación previa a la vía ejecutiva o mediante resolución de procedencia de reintegro, salvo que se hubiera producido la suspensión del acto.

l) Hacer constar, el carácter público de la financiación de la actividad subvencionada y, la cofinanciación del Fondo Social Europeo. La entidad beneficiaria deberá incluir en las actividades de información de las acciones formativas, así como en las

publicaciones y material didáctico elaborado por la propia entidad, y en las acreditaciones de la realización de la formación a entregar a los participantes el emblema del Fondo Social Europeo.

El beneficiario no resultará exonerado de las obligaciones anteriormente mencionadas si el desarrollo de la formación se contrata con terceras personas físicas o jurídicas.

Artículo 6. Destinatarios de la formación.

1. En los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores/as ocupados, la participación de éstos será al menos del 60% respecto del total de trabajadores que inicien la formación.

Podrán participar en dichos planes de formación los trabajadores de todas las Empresas que tengan centros de trabajo radicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A tal efecto, la consideración como trabajadores ocupados o desempleados vendrá determinada por la situación laboral en que se hallen al inicio del grupo en que vayan a participar. En el caso de que la persona se incorporara al grupo una vez iniciado éste y antes de que se haya impartido el 25% de sus horas totales, la consideración de trabajador ocupado o desempleado vendrá determinada por la situación laboral en que se halle el día de su incorporación al grupo.

Tendrán la consideración de trabajadores ocupados los siguientes colectivos:

a) Los trabajadores/as asalariados que prestan sus servicios en empresas privadas o en entidades públicas empresariales y cotizan a la Seguridad Social en concepto de formación profesional.

b) Los trabajadores que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

Trabajadores fijos discontinuos en períodos de no ocupación.

Trabajadores que accedan a la situación de desempleo cuando se encuentren en periodo formativo.

Trabajadores acogidos a regulación de empleo en sus períodos de suspensión de empleo por expediente autorizado.

c) Los trabajadores incluidos en los Regímenes Especial Agrario, Autónomos, del Mar y otros de la Seguridad Social que no coticen por la contingencia de formación profesional.

d) Los socios trabajadores y de trabajo de las cooperativas, sociedades laborales y otras empresas y entidades de economía social.

e) Los Trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal podrán participar en los Planes de formación sectoriales correspondientes a los sectores a los que pertenezcan las empresas donde presten sus servicios.

No será objeto de minoración económica el cambio de situación laboral del trabajador que se produzca a partir del día de inicio de su participación en la acción formativa.

Dentro de un mismo plan de formación, un mismo trabajador/a no podrá recibir más de 270 horas de formación, salvo que participe en una única acción cuyo límite haya sido excepcionado de acuerdo con lo previsto en el 12.3 de esta Orden; asimismo un trabajador/a no podrá participar dos o más veces en la misma acción formativa.

2. De conformidad con el artículo 5.1.b) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, modificado por la disposición final tercera del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, los cuidadores

no profesionales podrán participar en la formación de oferta intersectorial y sectorial de referencia en los ámbitos de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, centros y servicios de atención a personas con discapacidad, acción e intervención social y sanidad.

3. En los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados que tengan carácter intersectorial podrán participar trabajadores de las Administraciones Públicas siempre que no superen el 10 por ciento del total de participantes de cada plan de formación.

4. La participación de trabajadores desempleados que no podrá superar el 40% en el plan formativo aprobado, tampoco podrá superar un máximo del 60% en cada grupo. Tendrán la consideración de trabajadores desempleados los que figuren como demandantes de empleo en los registros del SAE.

5. A. Ayudas. Los trabajadores desempleados que participen en las modalidades de formación previstas en la presente Orden podrán ser beneficiarios de las ayudas al transporte, manutención y alojamiento en la cuantía prevista en el Anexo IV de esta Orden.

Cuando se trate de acciones impartidas bajo la modalidad a distancia o teleformación, sólo se percibirán cuando los trabajadores desempleados deban trasladarse a sesiones formativas presenciales.

Las ayudas para suplir los gastos de transporte, manutención y alojamiento previstas en este artículo no se computarán como renta a efectos de lo indicado en el art. 17.1.d) de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el art. 215 3.2 del Texto Refundido de la Ley

General de la Seguridad Social, aprobado por el R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio.

a) Ayuda por transporte: Podrán solicitar esta ayuda los alumnos y alumnas desempleados/as que para asistir al curso tengan que desplazarse de un municipio a otro o, estando dentro de un mismo municipio, de un núcleo de población a otro siempre que la distancia entre ambos sea de, al menos, 10 kilómetros.

Los alumnos/as desempleados que utilicen la red urbana de transportes públicos como medio de transporte para asistir a la formación, tendrán derecho a percibir una ayuda cuya importe se fija en el Anexo IV de esta Orden. De no existir medio de transporte público entre el domicilio del alumno/a y el del centro donde se realice el curso de formación, o bien los horarios existentes no permitan compatibilizar el uso de la red pública de transporte con el del curso, podrá tenerse derecho a esta ayuda en concepto de transporte en vehículo propio. La cuantía está fijada en el Anexo IV de esta Orden.

En el caso de que los trabajadores desempleados tengan que desplazarse a otros países, la ayuda de transporte incluirá el importe del billete en clase turista de los desplazamientos inicial y final.

b) Ayuda por manutención: Podrá solicitarse esta ayuda cuando el alumno/a tenga que desplazarse para asistir al curso y siempre que entre el lugar de residencia y el municipio donde se imparta la formación medien, al menos 50 kilómetros y que el horario del curso sea de mañana y tarde.

c) Ayuda por alojamiento: podrá solicitarse esta ayuda cuando el alumno/a tenga que desplazarse para asistir al curso y la distancia entre su residencia y el lugar de impartición sea mayor de 100 kilómetros.

B. Becas a discapacitados/as: Podrán ser beneficiarios de estas becas, los alumnos y alumnas discapacitados/as que acrediten tal condición, en las cuantías indicadas en el Anexo IV de esta Orden. La percepción de estas becas será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo.

C. Ayudas a la conciliación: Estas ayudas tienen por objeto permitir a las personas desempleadas conciliar su asistencia a la formación con el cuidado de hijos menores de 6 años o tengan que atender a familiares dependientes hasta el segundo grado de parentesco, en las cuantías indicadas en el Anexo IV de esta Orden. Para poder percibir este tipo de ayudas, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

I. No haber rechazado ofertas de trabajo adecuadas ni haberse negado a participar en actividades de promoción, formación o reconversión profesional en el plazo de un mes desde que se agotase el subsidio de desempleo la prestación contributiva.

Carecer de rentas de cualquier clase superiores al 75% del Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples (IPREM). Se entenderá cumplido este requisito siempre que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen no supere el 75% del IPREM. A estos efectos, se computará como renta el importe de los salarios sociales, las rentas mínimas de inserción o las ayudas análogas de asistencia social concedidas por la Junta de Andalucía o cualquier otra Administración Pública.

Procedimiento. Las becas y ayudas habrán de solicitarse ante la Dirección Provincial del SAE correspondiente al lugar donde se imparte el curso o a la correspondiente al do-

micilio del alumno en los cursos de formación a distancia y teleformación.

El plazo para presentar la solicitud será de 20 días hábiles contados a partir del siguiente a la finalización del curso. Con la solicitud habrá de presentarse la documentación en que se fundamente el derecho, a saber:

I. Para las ayudas de transporte público, deberán presentarse los títulos de viaje.

II. Para las ayudas por desplazamiento en transporte privado, deberán presentarse certificado de empadronamiento y residencia.

III. Para la ayuda por manutención deberán presentarse certificados de empadronamiento y residencia.

Para las ayudas por alojamiento, deberán presentarse certificados de empadronamiento y residencia, contrato de arrendamiento, facturas de hospedaje o cualquier otro documento susceptible de hacer prueba en Derecho.

Para la beca por discapacidad, la condición de discapacidad deberá acreditarse mediante certificado expedido por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social o por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imserso)

VI. Para las ayudas a la conciliación de la vida familiar y laboral: Libro de Familia o cualquier otro documento que acredite fehacientemente el cumplimiento de los requisitos exigidos.

La concesión de estas ayudas y becas se realizará de forma directa según el procedimiento establecido en el decreto 357/2006, de 24 de marzo, previa solicitud del alumno/a.

La percepción de las ayudas y becas estarán condicionadas a la disponibilidad presupuestaria y a la asistencia efectiva al curso, asistencia que habrá de demostrarse mediante certificado expedido por la entidad encargada de impartirlo.

El lugar de presentación será, preferentemente, el Registro de la Dirección Provincial del SAE, con independencia de que el interesado se pueda acoger a lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como lo previsto en los artículos 82, 83 y 84 de la Ley 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía. El plazo máximo para resolver será de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada la solicitud por silencio negativo. Contra la Resolución de la Dirección Provincial se podrá interponer recurso de alzada ante la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo.

Constituirá causa de pérdida del derecho a la percepción de estas ayudas y becas el alumno/a que incurra en 3 o más faltas de asistencia no justificadas al mes en cada curso. En todo caso, no se tendrá derecho a percibir la ayudas de transporte y manutención que correspondan a los días en los que no se asista a la formación. La pérdida del derecho a estas ayudas tendrá lugar desde el día en que se produzca el motivo de exclusión del curso.

El derecho a la percepción de las ayudas recogidas en este capítulo exigirá que la jornada lectiva del curso no sea inferior a cuatro horas diarias.

Estas ayudas se devengarán a partir del día del inicio del curso. No obstante las ayudas de alojamiento y manutención podrán incluir el día inmediatamente anterior y posterior a las fechas de inicio y finalización del mismo.

Las Direcciones Provinciales del SAE, podrán reclamar a los alumnos y alumnas las cantidades que en concepto de ayudas o becas hubieran percibido incorrectamente.

6. El número máximo de participantes en cada grupo, bajo la modalidad de formación presencial no podrá superar el número de 20. Si la modalidad formativa fuera por teleformación, la ratio de teletutores por alumno/a será de un teletutor por cada 60 alumnos.

Artículo 7. Colectivos prioritarios y medidas activas en el marco de la Estrategia Europea de Empleo.

1. A fin de garantizar el acceso a la formación de trabajadores con mayor dificultad de mantenimiento en el mercado de trabajo, los planes formativos deberán contemplar entre los colectivos prioritarios a que hace referencia el artículo 5.3 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, al menos, a las mujeres, las personas con discapacidad, los trabajadores de baja cualificación, víctimas del terrorismo y víctimas de violencia de género, trabajadores de PYMES y mayores de 45 años. Dado que la convocatoria está subvencionada al 80% por el Fondo Social Europeo, serán de aplicación el RCE 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio, RCE 1081/2006 del Parlamento y del Consejo de 5 de julio y RCE 1828/2006, de 6 de diciembre de la Comisión, acogiéndose la financiación al Programa Operativo Plurirregional de Adaptabilidad y Empleo (2007-2013) núm. 2007ES05UP0001.

2. Podrán financiarse acciones o módulos formativos con una duración mínima de 4 horas cuando se trate de formación de carácter transversal en áreas que se consideren prioritarias tanto en el marco de la Estrategia Europea de Empleo y del Sistema Nacional de Empleo como en las directrices establecidas por la Unión Europea. Esta formación tendrá prioridad en la valoración de las solicitudes y podrá desarrollarse dentro de una determinada acción formativa o bien de forma separada.

En todo caso, son áreas prioritarias las relativas a tecnologías de la información y la comunicación, la prevención de riesgos laborales, la sensibilización en medio ambiente, la promoción de la igualdad, la orientación profesional y aquellas otras que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 8. *Especialidades formativas.*

A través de estos convenios podrán impartirse acciones formativas conducentes a la obtención de certificados de profesionalidad vinculados al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, así como otras especialidades no vinculadas a estos certificados según lo previsto en este apartado.

Las acciones formativas que den derecho a la obtención de los certificados de profesionalidad tendrán la duración establecida en la normativa reguladora de los mismos. Con el fin de favorecer su acreditación parcial acumulable, reducir los riesgos de abandonos y posibilitar al trabajador que avance en su itinerario formativo cualquiera que sea su situación laboral en cada momento, se fomentará la programación de acciones formativas que estén constituidas por los módulos de formación correspondientes a una unidad de competencia de las que integran un certificado de profesionalidad o por unidades formativas de menor duración, en los términos que establezca la normativa reguladora de los certificados de profesionalidad.

Las especialidades formativas no dirigidas a la obtención de los certificados de profesionalidad tendrán una duración adecuada a su finalidad, en función de los contenidos, del colectivo destinatario, de la modalidad de impartición y de otros criterios objetivos.

Artículo 9. *Acreditación de la formación.*

1. La formación dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad se acreditará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, el artículo 11.1 del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero por el que se regulan los certificados de profesionalidad.

La Junta de Andalucía garantizará, a través de los centros facultados a estos efectos que en sus respectivos ámbitos la oferta formativa incluya la formación correspondiente a los diplomas y certificados de profesionalidad que se determinen teniendo en cuenta las necesidades formativas demandadas por las empresas y los trabajadores en dichos ámbitos.

2. Cuando la formación no vaya dirigida a la obtención de certificados de profesionalidad, deberá entregarse a cada participante el Certificado de Asistencia o Diploma a que hace referencia el artículo 11.2 del citado Real Decreto 395/2007, en el que como mínimo se harán constar la denominación de la acción formativa, los contenidos formativos, la modalidad de impartición, duración, período de impartición, DNI del participante, referencia de la Orden reguladora de la convocatoria y número de expediente del Plan, Acción y Grupo.

La expedición y entrega o remisión a los participantes de los certificados y diplomas a los que se hace mención en este apartado se realizará de acuerdo con lo establecido en el art. 19.1.c) de esta Orden.

CAPÍTULO IV

Procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva

Artículo 10. Régimen e inicio del procedimiento de concesión.

1. La concesión de subvenciones se realizará de conformidad con lo establecido en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre General de Subvenciones. El procedimiento de concesión será en régimen de concurrencia competitiva y dicho procedimiento se entenderá iniciado de oficio.

La convocatoria se realizará de acuerdo con las bases reguladoras establecidas en esta orden y con el contenido señalado en el artículo 23.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre General de Subvenciones.

2. Excepcionalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre General de Subvenciones, cuando las circunstancias concurrentes lo aconsejen, se podrá prever el prorrateo del importe global máximo destinado a las subvenciones entre los beneficiarios.

Artículo 11. Solicitudes de subvención.

1. Las solicitudes de subvención para la financiación de planes de formación, mediante la suscripción de convenio se cumplimentarán en los modelos normalizados que estarán disponibles en la página web del Servicio Andaluz de Empleo: www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/sae/fc/continua/presentacion.asp, y cuya cumplimentación deberá realizarse a través de Internet mediante la aplicación específica, sin perjuicio de su presentación de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. En todo caso, las solicitudes dirigidas al Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, se presentarán, preferentemente, en el Registro General de la Consejería de Empleo, sito en Avenida de Hytasa, 14, de

Sevilla, si bien podrán presentarse en los registros y oficinas a que se refiere el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. El plazo para la presentación de solicitudes será desde la fecha de publicación de la presente Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía hasta el próximo día 26 de septiembre de 2008, inclusive. En todo caso entre la publicación de la Orden en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y la finalización del plazo de presentación de solicitudes habrán de transcurrir 20 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de dicha Orden.

4. La presentación de la solicitud conlleva la autorización al órgano gestor para recabar las certificaciones a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, de estar al corriente de sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el artículo 31.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Artículo 12. Documentos e informaciones que deben acompañarse a la solicitud.

1. En el impreso de solicitud se deberán hacer constar, al menos, los siguientes datos:

a) Nombre y razón social del solicitante.

b) Identificación y firma del representante legal autorizado que formula la solicitud.

c) Declaración responsable del solicitante sobre la veracidad de la información y los datos aportados en la solicitud y de no ser deudor a la Comunidad Autónoma de Andalucía, por cualquier otro ingreso de Derecho Público.

d) Declaración responsable de que el solicitante no está incurso en ninguna de las prohibiciones para ser persona beneficiaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

e) Declaración responsable de no haber obtenido otras subvenciones o ayudas públicas por el mismo concepto y ejercicio, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales. En el supuesto de que hubieran sido solicitadas u obtenidas otras subvenciones para la misma finalidad, siempre que pudieran ser compartidas, relación de las acciones financiadas, del importe subvencionado, y de la Entidad concedente.

Toda esta información se grabará por la entidad solicitante en el aplicativo informático que indique el SAE a tal efecto.

2. La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada del CIF de la entidad y del DNI del representante legal.

b) Poder que acredite las facultades de representación del firmante de la solicitud para actuar en nombre de la persona jurídica solicitante.

c) Fotocopia compulsada de los estatutos debidamente legalizados.

d) Documentos acreditativos de la inscripción de la entidad en el registro administrativo correspondiente y de estar de alta y al corriente de sus obligaciones frente a la Seguridad Social. En este caso, el certificado podrá ser un certificado genérico que acredite estar al corriente de todas las obligaciones frente a la Seguridad Social. También será válido para acreditar estos últimos efectos un certificado que haga mención que se expide a efectos de lo establecido en la Ley 38/2003, de 17

de noviembre, General de Subvenciones.

3. El Plan de formación anejo a la solicitud deberá contener, al menos, la información contemplada en este artículo, se presentarán en un fichero informático que contendrán al menos los siguientes campos: número de horas, número de participantes, coste de la Acción, número de grupos y localidades en que se tiene prevista su impartición.

En todo caso la estructura del Plan se realizará con arreglo al siguiente esquema:

a) Ámbito de aplicación del plan.

b) Objetivos y contenidos.

c) Acciones formativas a desarrollar, con indicación, en su caso, de las vinculadas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y, dentro de éstas, las dirigidas a la obtención de los certificados de profesionalidad.

d) Colectivos destinatarios, desglosados por los colectivos prioritarios que determine la Administración pública competente.

e) Coste previsto de las acciones formativas.

f) Instalaciones y medios previstos para impartir las acciones formativas.

g) Presupuesto.

La duración de la acción formativa no podrá ser inferior a 6 horas ni superior a 270. Este límite se podrá excepcionar cuando la acción se destine a la obtención de una titulación o acreditación oficial, o cuando por norma o convenio sea exigida una duración mayor.

El número de horas lectivas diarias de las acciones formativas no podrá exceder de 8.

Se acompañará de los siguientes Anexos, a cumplimentar por el solicitante en los impresos normalizados informatizados establecidos al efecto:

- Anexo III. Datos generales del Plan de Formación.

- Anexo IV. Memoria justificativa del Plan de Formación, así como de la capacidad técnica del solicitante para la gestión del plan que se solicita.

Artículo 13. Criterios de valoración.

Se tendrán en consideración para la valoración técnica de los planes de formación de oferta dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados a ejecutar a través de la suscripción de convenio, los siguientes criterios:

a) En relación con las acciones formativas que integran el plan:

- Definición de sus objetivos: Hasta 10 puntos.

Para su valoración se tendrá en cuenta que se formulen en términos cuantificables, diferenciados entre generales y específicos y se expresen de forma que indiquen conocimientos o habilidades que van a adquirirse al finalizar la acción formativa.

- Contenidos de las acciones formativas: Hasta 15 puntos.

En su valoración se tendrá en cuenta que estén relacionados con los objetivos perseguidos, que se presenten en unidades didácticas con indicación de su duración, que se especifiquen los contenidos prácticos y que incluyan algún módulo de alfabetización informática, de promoción de la igualdad o de sensibilización medioambiental de carácter transversal en áreas que se consideren prioritarias.

- Mecanismos de seguimiento, evaluación y control del aprendizaje: Hasta 20 puntos.

Se considerarán para la valoración de este apartado los mecanismos de control que tengan en cuenta la opinión de los participantes, describan las herramientas utilizadas en la evaluación, los plazos para realizarla, los responsables del proceso y la aplicabilidad en el puesto de trabajo y, fundamentalmente, el plan de

seguimiento por la entidad, en tiempo real, del cumplimiento de los requisitos imprescindibles, tanto de los formadores como de los locales y de los medios didácticos, el cumplimiento del horario, del calendario, de la presencia de los trabajadores y de los tiempos de conexión.

- Certificación de las acciones formativas: Hasta 5 puntos.

Este apartado sólo se valorará si además del certificado de realización se otorga otro tipo de certificación: que se obtenga el certificado de aprovechamiento tras los controles pertinentes o que se realice formación preparatoria para la obtención de títulos o certificados de profesionalidad regulados por norma.

Se valorará el tipo de certificación que se obtiene al finalizar la acción formativa, siempre que, al menos, el 15 % de las acciones del plan formativo tengan previsto este tipo de certificación.

b) Capacidad acreditada de la entidad solicitante para desarrollar el plan presentado, teniendo en cuenta el grado de ejecución y de cumplimiento de las condiciones en que se otorgaron subvenciones para experiencias anteriores y los medios personales y materiales propios o ajenos puestos a disposición para la ejecución del plan:

- Experiencia previa en formación: Hasta 10 puntos.

Se tendrán en cuenta para valorar este apartado los años de experiencia demostrada en la gestión de planes de formación, el catálogo de cursos impartidos o gestionados y el haber obtenido subvenciones públicas y la experiencia en su gestión.

- Recursos humanos: Hasta 15 puntos.

Se considerará en la valoración de este punto que el responsable del plan de formación tenga experiencia

en la gestión de planes de formación continua, el número de formadores por grupo, que cuente con asesores pedagógicos y con la figura del orientador laboral, así como, con personal administrativo de apoyo para la gestión eficaz del mismo. En caso de teleformación o formación a distancia que cuente con un tutor / dinamizador y servicios de apoyo adecuados.

- Instalaciones y medios didácticos: Hasta 15 puntos.

Se tendrá en consideración para la valoración de este punto que la acción formativa se imparta en un centro homologado o autorizado, que además del aula teórica cuente, si procede, con aula de informática, talleres o laboratorios. Que el contenido del curso cuente con el apoyo de videos, imágenes, documentos sonoros, animaciones y simulaciones interactivas. Que cuente con textos y manuales de apoyo con ejercicios que apoyen el desarrollo teórico de la acción.

- Sistema de calidad: Hasta 10 puntos.

Se valorará que la entidad solicitante o la entidad designada para la gestión y ejecución del plan de formación, tenga implantado un sistema de gestión de la calidad en la formación y los aspectos que contemple el sistema de calidad.

Para la valoración de estos dos apartados se tendrá en cuenta la información disponible en la Memoria Justificativa.

Artículo 14. Determinación del importe de la subvención.

Para la financiación de los planes de formación de oferta dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados mediante suscripción de convenios en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la subvención a conceder se determinará teniendo en cuenta:

1. Para los convenios de carácter intersectorial se determinará la subvención a conceder teniendo en cuenta el presupuesto establecido para este tipo de convenios las entidades que concurren y el plan a desarrollar teniendo en cuenta su valoración según lo previsto en el artículo 13 de esta Orden, los módulos económicos máximos establecidos en el Anexo I de la Orden Ministerial Orden TAS 718/2008, y el volumen de actividad cofinanciada por el Fondo Social Europeo.

2. Para los convenios sectoriales la cuantía de la subvención se determinará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

a) Presupuesto destinado a financiar este tipo de convenio.

b) Valoración obtenida para cada plan según lo previsto en el artículo 13 de esta Orden.

c) Los módulos económicos máximos establecidos en el anexo I de la Orden Ministerial, Orden TAS 718/2008, el volumen de actividad cofinanciada por el Fondo Social Europeo.

3. Para los convenios de planes de formación de la Economía Social y de los trabajadores autónomos previstos en los apartados c y d del artículo 3.2 de esta Orden la subvención a conceder para la financiación del plan vendrá determinada para cada uno de los dos tipos de convenios, el número de planes necesarios para dar cobertura a las necesidades de formación planteadas, la valoración obtenida por cada plan según lo previsto en el artículo 13 de esta Orden y el volumen de la actividad formativa que el solicitante se compromete a realizar en el marco de la cofinanciación del Fondo Social Europeo.

Si por el Ministerio de Trabajo e Inmigración se modificase los módulos económicos a que se hace

referencia en los tres apartados anteriores, con los mismos efectos y en la misma cuantía resultaran afectados los módulos aplicables a esta subvención.

Artículo 15. Propuesta de resolución y reformulación de solicitudes.

1. Los resultados de la valoración técnica del proyecto y la determinación de la subvención como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de esta convocatoria serán sometidos a informe del Consejo Andaluz de Formación Profesional, a través del órgano o comisión de este que corresponda.

2. Cuando el importe de la subvención que figure en el informe sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se instará al beneficiario para que en el plazo de diez días acepte y reformule el plan de formación a esa cuantía, que en cualquier caso deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, según los siguientes criterios:

a) Habrán de respetarse los objetivos de cofinanciación del FSE fijados en la propuesta de resolución provisional, tanto en lo que se refiere al importe de la ayuda cofinanciada como al número de participantes pertenecientes a colectivos prioritarios.

b) Podrá reducirse el número de acciones formativas, teniendo en cuenta la prioridad de las mismas, con las condiciones que se establezcan en la propuesta de resolución provisional. Asimismo, se podrá reducir o ampliar el número de grupos y participantes previstos en cada una de ellas de acuerdo con cualquier otro límite o condición que se indique expresamente en la propuesta de resolución.

c) No se podrán incluir acciones formativas no admitidas, ni modificar la duración ni la modalidad de las

aprobadas, salvo que sea, previamente, justificada su necesidad.

d) Caso de que el interesado no contestase al ofrecimiento de reformulación en el plazo de diez días, conforme al art. 61.1 del Real Decreto 887/2006, se entenderá que persiste en el plan formativo presentado con su solicitud inicial.

3. Teniendo en cuenta lo alegado por el solicitante en el trámite de audiencia y la reformulación del plan de formación, en su caso, la Dirección General de Formación para el Empleo formulará la propuesta de resolución y del convenio a suscribir, que regulará al menos las cuestiones señaladas en el artículo 3 de la presente Orden.

CAPÍTULO V

Terminación del procedimiento

Artículo 16. Resolución.

1. Cumplido el trámite descrito en el artículo 15 se dictará por el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo la correspondiente propuesta de resolución.

A la vista de la propuesta de resolución el titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo resolverá el procedimiento.

La resolución contendrá las determinaciones previstas en el artículo 13.2 del Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas aprobado por Decreto 254/2001 de 20 de noviembre. Asimismo, se indicará el porcentaje de ayuda aportada por el Fondo Social Europeo.

El plazo máximo para resolver y notificar al interesado será de 6 meses, contados a partir del día siguiente al de fecha de finalización del plazo para presentación de solicitudes. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, se podrá entender desesti-

mada la solicitud, de conformidad con lo que establece el artículo 31.4. de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

La Dirección General de Formación para el Empleo procederá a notificar la resolución, por correo certificado, a la entidad beneficiaria en el plazo de 10 días, a contar desde la fecha de la citada resolución.

Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para determinar la valoración técnica y la subvención a conceder y en todo caso la obtención concurrente de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

2. A la resolución de concesión de subvención se incorporará el convenio y el correspondiente plan de formación.

3. Contra las resoluciones del titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 4/2002, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, agotan la vía administrativa, podrán los interesados interponer recurso potestativo de reposición según lo previsto en el artículo 115, de la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía y Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, o recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla en el plazo de dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma, según lo dispuesto en los artículos 8.3, 14. Primera y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Artículo 17. Pago de la subvención.

Una vez dictada la oportuna resolución por el Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, se podrá proceder al pago de un anticipo del 75 por ciento, como máximo, de la subvención concedida, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 3/2004, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras y teniendo en cuenta las posibles excepciones que pueda prever la correspondiente Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En ningún caso podrán realizarse pagos anticipados a beneficiarios incursos en los supuestos del apartado 4, párrafo tercero, del artículo 34 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El resto de la subvención, hasta la cuantía que proceda se abonará a la finalización del contrato programa, previa justificación de los costes y conforme a la liquidación practicada mediante resolución de la Dirección General de Formación para el Empleo, por transferencia bancaria a la cuenta corriente comunicada por el beneficiario y de la que éste sea titular.

No podrá proponerse el pago de la subvención al beneficiario que no haya justificado en tiempo y forma las subvenciones concedidas, con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario, por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32, de la Ley 3/2004, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En ningún caso el importe de la subvención, aisladamente, o en concurrencia con otras de cualquier tipo y procedencia podrá ser superior al coste de la actividad realizada.

CAPÍTULO VI

El plan de formación, ejecución seguimiento y control

Artículo 18. *Contenido de los planes de formación.*

1. Los planes de formación deberán contener, al menos, lo establecido en el art. 12.3 de la presente Orden.

2. La duración de los planes de formación podrá ser plurianual según lo que establezca la resolución de concesión.

3. En los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados serán destinatarios de las acciones formativas los trabajadores que al inicio de la formación estén en situación de ocupados o desempleados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 de esta Orden.

Para participar en las acciones formativas, los trabajadores cumplimentarán la solicitud que se adjunta como Anexo I de esta Orden.

Artículo 19. *Ejecución y comunicación de inicio de la formación.*

1. Sin perjuicio de las obligaciones establecidas, el beneficiario está obligado explícitamente a:

a) Realizar la actividad formativa que fundamenta la concesión de la subvención, de acuerdo con los requisitos que se establecen y con las condiciones que sirvieron de base para determinar la valoración técnica y la subvención a conceder.

b) Respetar la obligatoriedad de la gratuidad para los participantes de las acciones formativas incluidas en el plan de formación.

c) Entregar a cada participante un Certificado de Asistencia o Diploma que acredite la realización de la acción formativa en el que, como mínimo, se haga constar la información establecida en el art. 9.2 de esta

Orden, conforme a los modelos establecidos por la Dirección General de Formación para el Empleo. Los certificados acreditativos deberán ser entregados o remitidos a los participantes en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de finalización de la acción formativa en la que hayan participado, debiendo quedar constancia de dicha entrega o remisión en la entidad subvencionada.

d) Aportar la información y documentación que se requiera durante la fase de instrucción del procedimiento y ejecución del plan formativo, así como tener a disposición de los órganos de control competentes los documentos acreditativos de la asistencia de los participantes a las acciones formativas, debidamente firmados por los mismos y según los requisitos mínimos establecidos.

Cuando la formación impartida conduzca a la obtención de créditos o certificados de profesionalidad, se tendrán en cuenta los módulos formativos y los requisitos que se determinen en los correspondientes certificados. Esta formación, en su caso, se certificará en los términos establecidos en la Ley 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional, y R.D. 34/2008, de 18 de enero.

2. La ejecución del plan de formación se desarrollará por el beneficiario teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 17 de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 718/2008, de 7 de marzo.

La ejecución del Plan de Formación podrá ser realizada por una entidad vinculada sin que se considere subcontratación, cuando así expresamente lo determine la resolución que otorgue la subvención o en otra resolución complementaria, y en ella se identifique a la entidad vinculada y la aceptación del responsable de dicha entidad. Para ello deberán

cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 29.3 de la LGS, de celebración del contrato por escrito y que éste sea autorizado previamente, para lo que habrá de presentarse la correspondiente solicitud a la Dirección General de Formación para el Empleo.

La entidad beneficiaria podrá subcontratar parcial o totalmente por una sola vez y en los términos establecidos en esta 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 sub-contratación.

El beneficiario deberá contar con medios propios para las funciones de programación y coordinación del plan de formación, asumiendo, en todo caso, la responsabilidad de la ejecución de la actividad subvencionada frente a la Administración Pública, debiendo asegurar, tanto aquella como el subcontratista, el desarrollo satisfactorio de las funciones de los organismos de seguimiento y control.

La autorización previa del órgano concedente a que hacen referencia los apartados 3 y 7.d) del art. 29 de la Ley 30/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, podrá realizarse de forma expresa en la resolución de concesión de la subvención o, en su caso, en el convenio suscrito para la ejecución de la actividad formativa, o bien mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud de la autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento expreso del órgano concedente.

3. Al menos 5 días naturales antes del inicio de cada uno de los grupos, deberá comunicarse a la Dirección General de Formación para el Empleo el lugar, fecha y horario de

su realización mediante los medios y modelos que establezca la Dirección General de Formación para el Empleo. Una vez realizada dicha comunicación, su modificación o cancelación deberá notificarse a la misma Dirección General al menos con 1 día de antelación sobre la fecha inicialmente prevista para el comienzo del grupo si la duración es de cuatro, o más días y una antelación de dos días para la modificación o cancelación de los grupos cuya duración sea inferior a cuatro días.

Asimismo, y hasta el tercer día lectivo, inclusive, del comienzo del grupo y, en todo caso, antes de que se haya impartido el 25% de las horas de formación, deberá remitirse a la Dirección General de Formación para el Empleo, una relación de los participantes igualmente por los medios y en los modelos pertinentes. Un original de esa relación deberá estar a disposición de los órganos de control y seguimiento en el plazo anteriormente señalado.

Si se produjeran abandonos de trabajadores durante el primer cuarto de duración de la acción formativa se podrán incorporar otros trabajadores a la formación en lugar de aquellos. Si los abandonos tuviesen lugar con posterioridad al mencionado periodo se admitirán desviaciones por acción de hasta un 15% del número de participantes que las hubieran iniciado.

La no comunicación en los plazos establecidos implicará que el correspondiente grupo de formación se considerará «no realizado» a efectos de liquidación económica de la subvención, salvo que la no comunicación se deba a causas imprevistas, debidamente justificadas y comunicadas en el momento de producirse.

En el caso de acciones formativas impartidas bajo la modalidad de teleformación, las entidades impartidoras de la formación deberán comu-

nicar a la Dirección General de Formación para el Empleo la dirección de la plataforma de teleformación donde se gestionen las acciones formativas, así como las claves de acceso que permitan adecuadamente las labores de seguimiento y control. Dichas claves deberán permitir el acceso con los perfiles de alumno así como poder visualizar aspectos relacionados con el contenidos, alumnos, evaluaciones, controles y tutores.

En el caso de que la acción formativa se impartiera bajo la modalidad de distancia convencional se facilitarán los teléfonos de contacto de las tutorías.

4. Las entidades beneficiarias de las subvenciones recogidas en esta Orden, deberán manifestar de modo expreso en todas las actuaciones que la ejecución de los convenios requieran, que las acciones están subvencionadas por el Servicio Andaluz de Empleo como Organismo adscrito a la Consejería de Empleo. Para ello se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico aprobado por el Decreto 245/1997, de 15 de octubre, modificado por el Decreto 126/2002, de 17 abril.

Asimismo, al estar cofinanciadas las acciones por el Fondo Social Europeo, los beneficiarios de las subvenciones deberán cumplir con lo previsto en el Reglamento (CE) número 1828/2006, de la Comisión, de 8 de diciembre, sobre actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros con las intervenciones de Fondos Estructurales

5. A efectos de lo previsto en el Apartado 31.3 de la Ley 30/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, se considerará que el beneficiario ha cumplido lo allí establecido cuando justifique de modo razonado que la elección del proveedor

responde a criterio de eficacia y economía, teniendo en cuenta el Plan de Formación a realizar y el ámbito en que se desarrolla, tal y como establece la Disposición Adicional Quinta de la Ley 43/2000 de 29 de diciembre para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

6. El beneficiario de la subvención dará a conocer las acciones formativas que promueva entre las empresas y los trabajadores/as a los que va dirigida la formación con el fin de que las personas que lo deseen puedan ejercitar su derecho a la formación.

7. El beneficiario deberá remitir al órgano competente las comunicaciones relativas al inicio y, en su caso, a la finalización de la formación prevista en el art. 5.g) de esta orden. Tanto en el listado inicial de participantes como en la certificación final del curso se reflejarán la situación laboral; ocupado o desempleado, que acrediten los trabajadores al inicio de la formación.

8. La Administración podrá proceder a la suspensión cautelar de una Acción Formativa o de un Grupo cuando se observen anomalías que repercutan en el desarrollo normal de la impartición de la formación.

Artículo 20. Comisión Mixta de Seguimiento.

1. Para la difusión, evaluación y seguimiento de las acciones de formación para el empleo dirigida a trabajadores preferentemente ocupados incluidos en el Plan a desarrollar, así como para la resolución de las dudas que pudieran surgir en la interpretación del mismo, en cada convenio se designará una Comisión Mixta de Seguimiento que estará integrada por tres miembros del Servicio Andaluz de Empleo y por tres miembros de la entidad beneficiaria que ha suscrito el convenio.

2. Presidirá dicha Comisión el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo o persona en quien delegue con categoría, al menos, de Jefe de Servicio.

3. La Comisión Mixta de Seguimiento se reunirá, al menos, una vez cada seis meses y, extraordinariamente, cuando lo solicite cualquiera de las partes.

4. Serán funciones de la Comisión Mixta:

a) Analizar y valorar el desarrollo del plan de formación.

b) Acordar, en su caso, modificaciones relativas a aspectos técnicos o formales del plan o planes de formación aprobados. La Comisión Mixta podrá acordar la inclusión o cancelación de acciones o grupos de acciones, modificación de horas o número de alumnos. Estas modificaciones, en ningún caso podrán significar variación de los porcentajes de los colectivos prioritarios participantes fijados en la propuesta de resolución, ni tampoco incremento de la subvención concedida, pudiendo compensarse con el ahorro de los costes de ejecución y el abandono de alumnos.

c) Analizar los resultados obtenidos en la ejecución y evaluación de las acciones formativas.

d) Cualquier otra función que se determine en el correspondiente convenio.

En todo caso, para la adopción de acuerdos se requerirá mayoría absoluta de sus miembros.

En todo lo referido a la constitución y funcionamiento de la Comisión para la celebración de sus sesiones y deliberaciones se estará a lo previsto en la sección 1.^a del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007 de Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 21. *Evaluación, seguimiento y control.*

1. Las entidades responsables de ejecutar los planes de formación regulados en esta orden deberán realizar una evaluación y control de la calidad de la formación que ejecute. Los participantes en los planes de formación evaluarán la calidad de las acciones de formación continua a través de un «cuestionario de evaluación de calidad» que deberá cubrir, al menos, los siguientes ámbitos de información:

a) Contenidos: Su adecuación a las expectativas y necesidades de formación, así como la utilidad de los contenidos para la trayectoria profesional del trabajador.

b) Profesorado: Su nivel de preparación, de especialización y de comunicación.

c) Medios didácticos: Valoración de los medios utilizados y su adecuación a los contenidos.

d) Medios técnicos: Su disponibilidad, adecuación y estado de funcionamiento.

e) Instalaciones: Luminosidad, amplitud, ventilación, condiciones climáticas y accesibilidad de las mismas.

f) Organización: Composición y homogeneidad del grupo de formación, número de alumnos, información previa recibida, horario y duración.

Las entidades beneficiarias remitirán a la Dirección General de Formación para el Empleo el resultado de la tabulación de los mismos, en el plazo de dos meses desde la finalización de cada edición con el fin de analizar la calidad de las acciones de formación desarrolladas en el marco de los convenios.

2. La Dirección General de Formación para el Empleo elaborará y ejecutará, a través de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, las actuaciones de seguimiento y control de los convenios para la formación de trabajadores regulados por esta Orden mediante

actuaciones en tiempo real y ex post, que le permitan comprobar el grado de ejecución de las acciones, el número real de participantes, entrega de materiales y diplomas, controles de seguimiento y pruebas, asistencia tutorial y cuantos otros sistemas se estimen necesarios para comprobar el desarrollo de las actividades subvencionadas.

Sin perjuicio de las actuaciones de seguimiento y control anteriores, los convenios para la formación de trabajadores estarán sujetos al control que realicen los órganos a que se refiere el artículo 23.2, último párrafo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, así como la Cámara de Cuentas de Andalucía y la Intervención General de la Junta de Andalucía en los términos establecidos en el artículo 108.h) de la GLP la Orden TAS 718/2008.

CAPÍTULO VII Justificación, liquidación y reintegro

Artículo 22. *Justificación de costes y liquidación.*

Se deberán justificar los costes en los que se hayan incurrido para la ejecución de las acciones formativas objeto de los convenios. Para ello deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 31 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, así como la relación de costes financiables y los criterios de imputación establecidos en los anexos I y II de la Orden TAS 718/2008.

1. El beneficiario podrá optar por alguno de los procedimientos previstos en los Artículos 72, 74 o 75 (en el caso de que la subvención no alcance los 60.000 euros) del Reglamento General de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, siempre que la entidad

cumpla los requisitos y condiciones que allí se exigen, debiendo declarar expresamente en el momento de la justificación el procedimiento elegido.

2. En el caso de que se opte por el sistema de cuenta justificativa con aportación de justificantes de gasto, previsto en el art. 72, el beneficiario remitirá a la Dirección General de Formación para el Empleo la siguiente documentación:

Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

Una memoria económica justificativa del coste de las actividades realizadas, que contendrá:

a) Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago.

b) Las facturas o documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa incorporados en la relación a que se hace referencia en el párrafo anterior y, en su caso, la documentación acreditativa del pago.

c) Indicación, en su caso, de los criterios de reparto de los costes generales y/o indirectos incorporados en la relación a que se hace referencia en el apartado a).

d) Los tres presupuestos que, en aplicación del artículo

31.3 de la Ley General de Subvenciones, deba de haber solicitado el beneficiario.

e) En su caso, la carta de pago de reintegro en el supuesto de remanentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

Los gastos se justificarán con facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia

administrativa, en original o fotocopia compulsada. Los justificantes originales presentados se marcarán con una estampilla, indicando en la misma la subvención para cuya justificación han sido presentados y si el importe del justificante se imputa total o parcialmente a la subvención. En este último caso se indicará además la cuantía exacta que resulte afectada por la subvención.

3. Si se opta por el procedimiento de cuenta justificativa con informe de auditor, prevista en el art. 74 del citado Reglamento, se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La entidad subvencionada será la encargada de designar al Auditor, que habrá de ser profesional inscrito como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En aquellos casos en que el beneficiario esté obligado a auditar sus cuentas anuales por un auditor sometido a la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, la revisión de la cuenta justificativa podrá llevarse a cabo por el mismo auditor, o por otro que designe la entidad beneficiaria. En el supuesto en que el beneficiario no esté obligado a auditar sus cuentas anuales, la designación del auditor de cuentas será realizada por él, siempre que cumpla el requisito anteriormente expuesto. El gasto derivado de la revisión de la cuenta justificativa tendrá la condición de gasto subvencionable como coste directo.

b) El auditor de cuentas llevará a cabo la revisión de la cuenta justificativa con un alcance igual al establecido en el art. 22.2 de esta Orden y con sujeción a las normas de actuación y supervisión que tienen atribuidas las competencias de control financiero de subvenciones en el ámbito de la Administraciones Públicas.

c) La cuenta justificativa incorporará, además de la memoria de actuaciones justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos, una memoria económica abreviada, que contendrá como mínimo un estado representativo de los gastos incurridos en la realización del plan formativo y la relación de los presupuestos de las distintas acciones y las desviaciones acaecidas.

4. Conforme a lo previsto en el artículo 75 del reglamento general de subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, las entidades que hayan recibido una subvención inferior a los 60.000 euros, podrán optar por aportar una cuenta justificativa simplificada que tendrá carácter de documento con validez jurídica para la justificación de la subvención. En el caso de que se den las condiciones descritas, la entidad vendrá obligada a remitir únicamente la cuenta justificativa, en la que deberá figurar la siguiente información:

a) Una memoria de actuación justificativa del cumplimiento de las condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y de los resultados obtenidos.

b) Una relación clasificada de los gastos e inversiones de la actividad, con identificación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago. Se indicarán también las desviaciones acaecidas con arreglo al presupuesto estimado.

c) Un detalle de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

d) En su caso, carta de pago de reintegro en el supuesto de rema-

nentes no aplicados así como de los intereses derivados de los mismos.

5. Los costes asociados al plan de formación, se computarán por la totalidad del plan, teniendo en cuenta que dichos costes no podrán superar el 20% de los costes totales del mismo.

Los correspondientes modelos de justificación se encuentran publicados en la página web de la Dirección General de Formación para el Empleo.

6. La liquidación económica de las subvenciones concedidas se realizará en función de los participantes que hayan finalizado la formación y las horas efectivamente realizadas que tendrán como límite de imputación los módulos económicos máximos que figuran en el Anexo I de la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo. Si por el Ministerio e Inmigración se modificasen esos módulos, en la misma cuantía y con los mismos efectos, resultarían afectados los módulos aplicables a estas subvenciones. Quedan exentos de reducción los costes correspondientes a los monitores y a los seguros obligatorios de los alumnos, siempre que los mencionados alumnos hayan iniciado la acción formativa.

En la formación de carácter presencial se considerará que un participante ha finalizado la formación cuando haya asistido, al menos, al 75% de las horas de que consta la acción formativa. En el caso de formación a distancia o teleformación se entenderá que han finalizado la acción aquellos participantes que hayan realizado, al menos, el 75% de los controles periódicos de seguimiento de su aprendizaje.

Si se hubieran producido abandonos de participantes una vez iniciados los grupos, se admitirán desviaciones por acción de hasta un 15% del número de participantes que la hubieran iniciado.

En el supuesto de trabajadores desempleados, el abandono motivado por la suscripción de un contrato laboral, siempre que no haya sido posible sustituirlos en el plazo establecido al efecto por la presente Orden, no podrá suponer en ningún caso minoración económica. Estos abandonos tendrán la consideración de justificados y no computarán a efectos del cálculo del 15% de abandono permitido establecido en el párrafo anterior.

Sea cual fuere el procedimiento elegido para la justificación final de la subvención, el beneficiario deberá remitir a la Dirección General de Formación para el Empleo, en el plazo máximo de tres meses tras la finalización de la ejecución del plan formativo, la documentación correspondiente.

Cuando no se hubiere presentado la documentación justificativa o ésta fuese insuficiente para considerar correctamente justificada la subvención concedida, la Dirección General de Formación para el Empleo pondrá en conocimiento de los beneficiarios la insuficiencias observadas para que en el plazo de 15 días sean subsanadas.

Examinada la documentación aportada, o transcurrido dicho plazo sin que se hubiera presentado, la Dirección General de Formación para el Empleo dictará la correspondiente resolución de liquidación o el acuerdo de iniciación del expediente de reintegro, según proceda.

Serán elegibles los costes directamente asociados a la ejecución del plan de formación, desde la fecha de la propuesta de resolución hasta la finalización del periodo de ejecución del plan formativo. Asimismo, se podrán imputar los costes relacionados con la justificación del plan durante los dos meses posteriores a la finalización de las acciones formativas.

Artículo 23. Reintegro.

1. Las subvenciones otorgadas al amparo de esta norma podrán ser objeto de reintegro total o parcial en los supuestos y con el procedimiento establecidos en los artículos 111 y siguientes de la Ley 5/1983, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en artículo 22 del Reglamento por el que se regulan los Procedimientos para la Concesión de Subvenciones y Ayudas Públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos y su Régimen Jurídico, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, el artículo 33 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

Serán causas de reintegro, conforme al artículo 37 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, las siguientes:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del plan formativo.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o justificación insuficiente.

d) Incumplimiento de adoptar las medidas de difusión.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control financiero, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del plan formativo, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales

de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por esta Orden, así como por la resolución de concesión, o de los compromisos asumidos en el convenio, que afecten al modo en que se debe desarrollar el plan formativo o a la consecución de los objetivos que se persiguen con el mismo.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por esta Orden, así como por la resolución de concesión, o de los compromisos asumidos en el convenio, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del plan formativo, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de Organismos Internacionales.

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. Cuando el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éste una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos la cantidad a reintegrar vendrá determinada por el criterio de la proporcionalidad. En los demás casos el reintegro se exigirá por la totalidad de la cuantía efectivamente abonada.

3. Será órgano competente para tramitar y resolver el expediente de reintegro, el titular de la Dirección General de Formación para el Empleo por delegación del titular de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo.

Artículo 24. Infracciones y sanciones.

La obligación de reintegro establecida en el art. 23 se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el Título IV de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en lo relativo a infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones, sin concurren las acciones y omisiones tipificadas en la citada Ley.

Las infracciones podrán ser calificadas como leves, graves o muy graves y llevarán aparejadas, las sanciones que en cada caso corresponda de acuerdo con lo previsto en los artículos 59 y siguientes de la citada Ley.

Disposición Transitoria. *Incorporación de acciones formativas vinculadas al Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales.*

A efectos de impartición de la formación de oferta regulada en esta Orden, y hasta tanto no se aprueben los correspondientes certificados de profesionalidad de acuerdo con el Real Decreto que los regule, se podrán incluir en las programaciones los módulos formativos vinculados al Catálogo Nacional de las Cualificaciones.

Para los planes previstos en el artículo 3.2 y cuando dichos módulos superen las 90 horas, estos se podrán subdividir en unidades formativas de menor duración según los criterios que establezcan, en su caso, las Comisiones Paritarias Sectoriales.

A los efectos de acreditar las acciones formativas descritas en esta disposición se estará a lo regulado en el artículo 11.2 del Real Decreto 395/2007, 23 de marzo.

Disposición Adicional Primera.

De conformidad con el Título IV, Capítulo II, de la Ley de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando los plazos se expresen en días, salvo indicación expresa en contrario, se entienden referidos a días hábiles. Cuando se expresen en meses será fecha a fecha, siendo día inicial el siguiente hábil a la notificación o promulgación y último el del mismo ordinal del mes correspondiente. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes o el siguiente hábil caso de ser feriado.

Disposición Adicional Segunda.

1. La información contenida en las comunicaciones realizadas por las entidades solicitantes, y por aquellas que resulten beneficiarias, al Servicio Andaluz de Empleo, al amparo de la presente convocatoria, quedará sometida a la normativa vigente en materia de protección de datos.

2. Los datos identificativos de las entidades solicitantes, y de los participantes que cumplimenten el modelo de solicitud de participación que figura en el Anexo I de la presente convocatoria, se integrarán en ficheros automatizados a los efectos oportunos, pudiendo los interesados ejercer los derechos reconocidos con carácter general en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y demás normativa de desarrollo.

Disposición Adicional Tercera.

La Dirección General de Formación para el Empleo publicará en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» las cuantías de las ayudas que se otorguen al amparo de la presente

convocatoria, así como sus beneficiarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Disposición Adicional Cuarta.

La Dirección General de Formación para el Empleo publicará en su página de Internet los modelos de Justificación de Costes y demás documentos que puedan resultar de interés general para los solicitantes o beneficiarios de las subvenciones, así como las herramientas informáticas pertinentes para un mejor seguimiento control y aprovechamiento de los planes formativos subvencionados.

Disposición Final Primera.

Competencias.

Se faculta al titular de la Dirección General de Formación para el Empleo, para dictar cuantas Resoluciones sean precisas para la ejecución de lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición Final Segunda.
Entrada en vigor.

Esta Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 4 de agosto de 2008

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ANEXO II **Importes y módulos económicos máximos**

1. Los módulos económicos máximos (coste por participante y

hora de formación) aplicables a efectos de la determinación y justificación de las subvenciones destinadas a la financiación de la formación de oferta, serán los que a continuación se establecen en función de la modalidad de impartición y el nivel de la formación

MODALIDAD DE IMPORTACIÓN	NIVEL DE FORMACIÓN	
	Básico	Superior
Presencial	9€	13€
Teleformación	7,5€	
A distancia convencional	5,5€	
Mixta	Se aplicarán los módulos anteriores en función de las horas de formación presencial y a distancia convencional o teleformación que tenga la acción formativa.	

En la modalidad de impartición presencial, el módulo de «nivel básico», que capacita para desarrollar competencias y cualificaciones básicas, se aplicará cuando se vaya a impartir formación en materias transversales o genéricas; mientras que el módulo de «nivel superior» se aplicará cuando la formación incorpore materias que impliquen especialización o capacite para desarrollar competencias de programación o dirección.

La formación de carácter transversal contemplada en el artículo 7.2 cuando acompañe a una acción de formación que sea específica se valorará de acuerdo con el módulo económico de esta última.

2. Respecto a las actuaciones de evaluación y control de la calidad de la formación a que hace referencia el art. 21 de esta Orden, el beneficiario podrá destinar a esta finalidad hasta un 5% de la subvención que le haya sido concedida para la ejecución de la Acción Formativa.

3. Podrá incrementarse hasta en un 50% el módulo económico superior

de la modalidad presencial, en función de la singularidad de determinadas acciones formativas que por su especialidad y características técnicas precisen de una financiación mayor.

ANEXO III

Costes financiables y criterios de imputación

1. Costes directos de la actividad formativa:

a) Las retribuciones de los formadores internos y externos pudiéndose incluir salarios, seguros sociales, dietas y gastos de locomoción y, en general, todos los costes de gestión salarial, de Seguridad Social, de personal y de aseguramiento legal, incluidos los derivados de seguros y de los intervinientes en las actividades de preparación, impartición, tutoría y evaluación a los participantes

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por horas dedicadas a la actividad que se imputen.

b) Los gastos de amortización de equipos didácticos y plataformas tecnológicas, calculados con criterios de amortización aceptados en las normas de contabilidad, así como el alquiler o arrendamiento financiero de los mismos, excluidos sus intereses, soportados en la ejecución de las acciones formativas.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el número de participantes en el caso de uso individual de los equipos o plataformas; en otro caso, se imputarán por horas de utilización.

c) Gastos de medios didácticos y/o adquisición de materiales didácticos, así como los gastos en bienes consumibles utilizados en la realiza-

ción de las acciones formativas, incluyendo el material de protección y seguridad. Asimismo, en el caso de la teleformación, los costes imputables a los medios de comunicación utilizados entre formadores y participantes.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el número de participantes en el caso de uso individual de los equipos o plataformas; en otro caso, se imputarán por horas de utilización.

d) Los gastos de alquiler, arrendamiento financiero, excluidos sus intereses, o amortización de las aulas, talleres y demás superficies utilizadas en el desarrollo de la formación.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y se imputarán por el período de duración de la acción.

Los gastos de amortización se calcularán según normas de contabilidad generalmente aceptadas, siendo aplicable el método de amortización según las tablas aprobadas por el Reglamento del Impuesto de Sociedades.

e) Gastos de seguro de accidentes de los participantes.

Estos gastos deberán presentarse desglosados por acción formativa y su imputación se hará por el número de participantes.

f) Excepcionalmente, y en su caso, gastos de transporte, mantenimiento y alojamiento para los trabajadores ocupados que participen en las acciones formativas, con los límites fijados en la Orden EHA/3771/2005, de 2 de diciembre.

Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa y su imputación se hará por el número de participantes.

g) Los gastos de publicidad para la organización y difusión de las acciones formativas. Estos gastos

deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa, pudiéndose realizar una imputación estimativa proporcional a la duración, magnitud y coste de la acción.

h) Los costes de evaluación y control de la calidad de la formación previstos en el art. 21 de esta Orden y según lo previsto en el Apartado 2 del Anexo II. Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa, pudiéndose realizar una imputación estimativa proporcional a la duración, magnitud y coste de la acción.

i) El coste de los honorarios del auditor. Estos gastos deberán presentarse debidamente desglosados por acción formativa, pudiéndose realizar una imputación estimativa proporcional a la duración, magnitud y coste de la acción.

2. Costes asociados de la actividad formativa:

a) Los costes y gastos de personal de gestión salarial, de Seguridad social, de personal y de aseguramiento legal, incluidos los derivados de seguros, relativos al personal de apoyo tanto interno como externo y todos los necesarios para la gestión y ejecución de la actividad formativa.

b) Los gastos financieros directamente relacionados con la actividad subvencionada y que resulten indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma. No serán subvencionables los intereses deudores de las cuentas bancarias.

c) Otros costes: Luz, agua, calefacción, mensajería, correo, limpieza, vigilancia y otros costes, no especificados anteriormente, asociados a la ejecución de la actividad formativa.

De conformidad con el artículo 31, apartado 9, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, estos costes habrán de imputarse por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razo-

nablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida en que tales costes correspondan al período en que efectivamente se realiza la actividad. La suma de los costes asociados no podrá superar el 20% de los costes de la actividad formativa.

A los efectos de lo establecido en este apartado, en los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados estos costes asociados se entenderán referidos al plan en su conjunto.

En todo caso, los costes subvencionables previstos en este Anexo deben responder a costes reales, efectivamente realizados, pagados y justificados mediante facturas o documentos contables de valor.

ANEXO IV

Cuantía de las becas y ayudas

1. La beca prevista en el artículo 6.5. B tendrá una cuantía máxima de 9 euros por día de asistencia.

La citada cuantía podrá incrementarse hasta en un 50% cuando los destinatarios de las becas pertenezcan a colectivos con mayores dificultades de inserción y participen en los programas específicos de itinerarios de formación profesional personalizados.

2. Las ayudas previstas en el artículo 6.5 A tendrán las siguientes cuantías:

a) La ayuda en concepto de transporte público urbano tendrá una cuantía máxima de 1,5 euros por día de asistencia.

b) La ayuda en concepto de transporte en vehículo propio tendrá una cuantía máxima por día de asistencia de 0,19 euros por kilómetro.

c) La ayuda en concepto de manutención tendrá una cuantía

máxima de 12,00 euros/día lectivo.

d) La ayuda en concepto de alojamiento y manutención tendrá una cuantía de hasta 80,00 euros/día natural. En este supuesto, el alumno tendrá derecho a los billetes de transporte en clase económica de los desplazamientos inicial y final.

e) los trabajadores desempleados que participen en acciones formativas transnacionales y/o en prácticas profesionales que se desarrollen en otros países, tendrán derecho a la percepción de una ayuda en concepto de alojamiento y manutención de hasta 158.40 € por día natural. Percibirán además el importe del billete inicial y final en clase turista.

3. La cuantía de la ayuda a la conciliación prevista en el artículo 6.5.C ascenderá al 75% del IPREM diario por día de asistencia.

ANEXO V

SECTORES

Agrario. Industria Alimentaria.
Marítimo Pesquero. Industrias Químicas.

Industria Textil, Confección y Piel.

Energía, Agua e Industrias Extractivas.

Metal. Instalación y Mantenimiento.

Electricidad y Electrónica.

Construcción e Industrias de otros minerales no metálicos.

Transporte, mantenimiento de vehículos y actividades anexas.

Madera, mueble y corcho.

Comercio.

Hostelería, Turismo y Actividades Recreativas.

Artes Gráficas.

Imagen y Sonido.

Informática y comunicaciones.

Intermediación financiera, Servicios Empresariales y otros servicios.

Sanidad.

Educación.

Servicios Socioculturales y a la Comunidad.

Imagen Personal.

Medio Ambiente.