

ESTUDIOS

Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional

Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra, Beryl Ter Haar, Attila Kun

La protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo: estudio comparado

Manuel Correa Carrasco

Contenido de la negociación colectiva de empresa en Francia

Helena Ysàs Molinero

La intermediación laboral a nivel autonómico: servicios públicos de empleo versus empresas de trabajo temporal

Joan Antoni Alujas Ruiz

Las acciones de responsabilidad social de las empresas como instrumentos de promoción de la igualdad de género en el trabajo

Eva Saldaña Valderas

MERCADO DE TRABAJO

¿Adónde nos lleva esta política económica? Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer tercer de 2011)

Santos Ruesga Benito, José Luis Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería

Derecho de huelga y delito de desobediencia

Juan Escribano Gutiérrez

Universidad de Córdoba

Límite al poder empresarial en la determinación-modificación de la jornada anual: el caso de los profesores de religión en centros escolares

Antonio Costa Reyes

Universidad de Granada

Acerca de la incidencia de la prescripción y del aplazamiento en el pago de cuotas sobre el requisito de estar al corriente de su pago

María José Caballero Pérez, José María Viñas Armada

Universidad de Huelva

La utilización por las Administraciones públicas de los trabajos temporales de colaboración social

Jose L. Lázaro Sánchez

Universidad Pablo de Olavide

Obligación empresarial de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores

María José Gómez-Millán Herencia

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a Dolores Rubio de Medina

113

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

113/2012 - Primer Trimestre

TEMAS LABORALES 2012

113

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

113

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

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

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 113/2012
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior. Un análisis de la naturaleza legal de los nuevos instrumentos de Derecho Laboral Internacional	13
MANUEL ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA BERYL TER HAAR ATTILA KUN	
La protección jurídica frente a los riesgos psicosociales en el trabajo: estudio comparado	49
MANUEL CORREA CARRASCO	
Contenido de la negociación colectiva de empresa en Francia	75
HELENA YSÁS MOLINERO	
La intermediación laboral a nivel autonómico: servicios públicos de empleo versus empresas de trabajo temporal	105
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ	
Las acciones de responsabilidad social de las empresas como instrumentos de promoción de la igualdad de género en el trabajo.....	129
EVA SALDAÑA VALDERAS	

2. MERCADO DE TRABAJO

¿Adónde nos lleva esta política económica? Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer tercer de 2011)	183
SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Almería	
Derecho de huelga y delito de desobediencia.....	195
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
PODER DE DIRECCIÓN	
Universidad de Córdoba	
Límite al poder empresarial en la determinación-modificación de la jornada anual: el caso de los profesores de religión en centros escolares..	209
ANTONIO COSTA REYES	

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

Acerca de la incidencia de la prescripción y del aplazamiento en el pago de cuotas sobre el requisito de estar al corriente de su pago..... 209

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

La utilización por las Administraciones públicas de los trabajos temporales de colaboración social 217

JOSE L. LÁZARO SÁNCHEZ

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Obligación empresarial de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores 229

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .. 245

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores. La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

WEB, HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 113/2012
First Trimester

INDEX

1. STUDIES

Ductile in its interior and strong in its outside. An analysis of the legal nature of the new instruments of international labour law	13
MANUEL ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA	
BERYL TER HAAR	
ATTILA KUN	
The Judicial protection and the psychosocial risks at work: a comparative study	49
MANUEL CORREA CARRASCO	
The company collective bargaining in France	75
HELENA YSÁS MOLINERO	
The labour intermediation at autonomic level: Public Employment Services vs the Temporary Work Agency	105
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ	
Social responsibility actions in companies as an instrument of promoting equal treatment at work	129
EVA SALDAÑA VALDERAS	

2. LABOUR MARKET

Where will it take us this economic policy? Report on the labour situation in Spain and Andalusia (third trimester 2011)	183
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR RIGHTS	
University of Almeria	
Strike right and civil disobedience	195
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
Private sector limitation of power over determination in the annual working hours changes: the case about teachers in schools	209
ANTONIO COSTA REYES	

SOCIAL SECURITY PENSIONS

University of Granada

On the incidence of prescription and instalments deferment in the requisite to be up to date with payments..... 209

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Public Administration use of social collaboration temporal jobs 217

JOSE L. LÁZARO SÁNCHEZ

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

University Pablo de Olavide

The company's obligation to inform the objective dismissal to the workers representative 229

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about Autonomous Community of Andalusia

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

245

DÚCTIL EN EL INTERIOR; FUERTE HACIA EL EXTERIOR. UN ANÁLISIS DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS NUEVOS INSTRUMENTOS DE DERECHO LABORAL INTERNACIONAL *

M. ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA
Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha

BERYL TER HAAR
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo
Universidades de Utrecht y Ámsterdam (Holanda)

ATTILA KUN
Director del Departamento de D^o del Trabajo y de la Seg. Social
Universidad Károli Gáspár de Budapest (Hungria)

EXTRACTO

Palabras Clave: Códigos de conducta, Acuerdos Marco Globales, *soft law*

Con la internacionalización, temas tradicionalmente regulados por el Derecho Laboral como las condiciones de trabajo, han desbordado también las fronteras de los ordenamientos nacionales y se han convertido en materias de regulación en el ámbito transnacional. Dos instrumentos recientes en este ámbito son los códigos de conducta, elaborados en el contexto de la responsabilidad social empresarial y los acuerdos marco globales, que son negociados entre las empresas multinacionales y las federaciones sindicales globales. Ambos son etiquetados como instrumentos de *soft law* al considerarse no vinculantes jurídicamente, aunque, de hecho, pretenden generar un efecto normativo. Para conseguir un mejor entendimiento del funcionamiento de estos instrumentos, el trabajo introduce un modelo que se construye en torno a tres dimensiones: legalidad en la forma de elaboración, contenido y estructura para asegurar la eficacia o cumplimiento de los mismos.

ABSTRACT

Key Words: codes of conduct, International Framework Agreements, *soft law*

With the internationalization of companies, labor issues, such as working conditions, have moved beyond the confines of national law and become subject to the transnational legal ambit. To regulate these issues, an increasing variety of instruments is used. Two fairly new instruments, in this respect, are unilateral codes of conduct that are concluded in the context of corporate social responsibility, and international framework agreements concluded by multinationals and global union federations. Both instruments are labeled as *soft law* since they are legally non-binding but are intended to generate normative effect. To gain a better understanding of the legal functioning of these instruments, this paper introduces an analytical framework which is comprised by three features of law: lawfulness, substance, and the structure to ensure compliance.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MODELO ANALÍTICO PARA EL ANÁLISIS DE NORMAS TRANSNACIONALES
 - 2.1. Legalidad en la adopción
 - 2.2. Substancia / negotium
 - 2.3. Estructura
 - 2.4. Modelo analítico
3. EVALUACIÓN DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA
 - 3.1. Legalidad en la adopción de los códigos de conducta
 - 3.2. Substancia / negotium de los códigos de conducta
 - 3.3. Estructuras para asegurar el cumplimiento de los códigos de conducta
4. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS ACUERDOS MARCO GLOBALES
 - 4.1. Legalidad en la adopción de los acuerdos marco globales
 - 4.2. Substancia o negotium de los acuerdos marco globales
 - 4.3. Estructuras para asegurar el cumplimiento de lo acuerdos marco globales
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Las materias y asuntos sociales se regulan mediante instrumentos diversos, entre los cuáles podemos destacar los estándares internacionales, las reglas nacionales, los contratos individuales de trabajo y los convenios colectivos. Muchos instrumentos e instituciones regulan la relación desigual entre el empresario y el trabajador aunque, desde un punto de vista legal, la idea es que la mejor manera de regular estos aspectos es mediante la adopción de normas legalmente vinculantes. Sin embargo, el uso de instrumentos de naturaleza no vinculante desde el punto de vista legal, también llamados instrumentos de *soft law*, es cada vez más frecuente.¹ Este desarrollo es considerado generalmente indeseable, porque la probabilidad de que el *soft law* tenga un efecto normativo, en el sentido de diseñar una regulación vinculante, es presumiblemente menor que la de los instrumentos

* El presente trabajo ha sido galardonado con el premio Marco Biagi 2011, otorgado por la IALLJ (*International Association of Labour Law Journals*). El título original “*soft in the insider; hard for the outside*” ha sido aquí traducido como “dúctil en el interior; fuerte hacia el exterior” por parecernos el título que mejor refleja la idea en castellano del original.

¹ R.J Dupuy ‘Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to Soft Law’, en Akkerman, R.J., Krieken, P.J. van, & Pannenberg, Ch.O. (eds.), *Declarations on principles, a quest for world peace (Liber Röling)*, Leiden: Sijthof, 1977, p. 248; P.Taylor-Gooby, ‘Introduction: Open Markets versus Welfare Citizenship: Conflicting Approaches to Policy Convergence in Europe’, en Taylor-Goody (eds.), *Making a European Welfare State?*, Oxford: Blackwell Publishing, 2004, p. 1-16; K.W. Abbott y D.Snidal, ‘Hard and Soft Law in International Governance’, 54:3 *International Organisation*, 2000, p. 421-56, especialmente pp. 436-437. Ver en particular para el derecho del trabajo: D.A. Morse, *The Origin and Evolution of the I.L.O. and Its Role in the World Community*, Ithaca: New York State School of Industrial and Labor Relations, Cornell University, 1969, p. 37-73 y M.G. Rood, ‘Internationalization: A New Incentive for Labour Law and Social Security’, en Bellace, J.R. and M.G. Rood, (eds.), *Labour Law at the Crossroads: Changing Employment Relationships. Studies in honour of Benjamin Aaron*. La Haya: Kluwer Law International, 1997, p. 139-154.

tradicionales o de *hard law*.² Porefecto normativo nosotros entendemos en el presente trabajo dos aspectos: en primer lugar, la generación de un efecto en el orden legal nacional que lleve, por ejemplo, a la adopción o cambio de un acto legal para adecuarlo a los requerimientos del instrumento y, en segundo lugar, la capacidad de asegurar el cumplimiento del contenido normativo del instrumento.

Con independencia de que sea, desde una perspectiva legal, deseable o no, una de las razones para utilizar instrumentos de *soft law* en la regulación social es el fracaso de los actores públicos, gobiernos y organizaciones internacionales para adoptar reglas legalmente vinculantes en relación con estos asuntos en el nivel transnacional.³ El mundo de los negocios y también la sociedad civil han reaccionado ante esta disfunción en la “gobernanza” global utilizando instrumentos de autorregulación.⁴

En este contexto dos instrumentos son de particular interés ya que ambos se enfrentan a la regulación de cuestiones y aspectos sociales en organizaciones multinacionales: los códigos unilaterales de conducta⁵ y los acuerdos marco globales⁶.

² J. Klabbers, ‘The Undesirability of Soft Law’, 67*Nordic Journal of International Law*, 1998, p. 381- 391; W. Witteveen and B. Van Klink, ‘Is Soft Law really Law? A Communicative Approach to Legislation’ 3 *RegelMaat*, 1999, p. 126–140; S. Borrás y B. Greve, ‘Concluding remarks: new method or just cheap talk?’, 11:2 *Journal of European Public Policy*, 2004, p. 329-336; Davidov, ‘The enforcement crisis in labour law and the fallacy of voluntarist solutions’, 26 *IJLLIR*, 2010, p. 61-82; Comisión Europea, *Libro Verde sobre la Promoción de un Marco para la Responsabilidad Social Empresarial*, COM(2001) 366.

³ Algunas organizaciones internacionales, como la Cámara de Comercio Internacional, la OCDE y la OIT han adoptado reglas que, sin embargo, no son legalmente vinculantes. Véase: N. Horn, ‘International Rules for Multinational Enterprises: The ICC, OECD and ILO Initiatives’, 30 *American University Law Review*, 1980/81, pp. 923-940. Para una aproximación más teórica: P. Macklem, and M. Trebilcock, *New Labour Standards Compliance Strategies: Corporate Codes of Conduct and Social Labeling Programs*, versión final, Facultad de Derecho, Universidad de Toronto, un trabajo de investigación preparado para la *Federal Labour Standards Review* 2006, p. 5, donde citan a Teubner que introdujo en este contexto el concepto de “derecho global”, al que define como un “Nuevo cuerpo legal que emerge de distintos procesos de la globalización en múltiples sectores de la sociedad civil”.

⁴ D. Stevis, *International framework agreements and global social dialogue: Parameters and prospects*, Programa para las Empresas Multinacionales de la OIT, Departamento de Empleo y Desarrollo Empresarial. Documento de Trabajo sobre Empleo No. 47, 2010, p. 2, que utiliza el nombre de “regulación cívica”; D. O’Rourke, ‘Outsourcing regulation: analyzing nongovernmental systems of labour standards and monitoring’, *The Policy Studies Journal*, Vol. 31, No. 1. 2003. p. 2, que presenta una perspectiva amplia y lo llama “regulación no gubernamental”. Ver también: J. Murray, *Corporate social responsibility: an overview of principles and practices*, Departamento de Integración Política. Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Documento de Trabajo No. 34, 2004, p. 4; D. Gallin, ‘International Framework Agreements: a reassessment’ en *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging Industrial relations framework?* Instituto Internacional para los Estudios Laborales, Ginebra, 2008, p. 15-42.

⁵ Macklem & Trebilcock, *supra* nota 4; I. Schömann et al., *Codes of Conduct and International Framework Agreements: New Forms of Governance at Company Level*. Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo. (2008), p. 105.

⁶ Gallin, *supra* nota 5; K. Papadakis et al, *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: An emerging global industrial relations framework?* Ginebra: ILO, 2008, p. 29; y Stevis, *supra* nota 5.

Los códigos de conducta son un reflejo del creciente alcance e influencia de las empresas multinacionales.⁷ Aunque ampliamente diversos y en continuo cambio,⁸ son generalmente definidos como un “conjunto de principios y reglas que gobiernan el modo en que las instituciones sociales deberían actuar frente a terceros interesados y el modo en que estos interesados (especialmente los trabajadores) deberían actuar frente a la institución y entre ellos mismos.”⁹ Los códigos frecuentemente ponen el énfasis en la responsabilidad social de las empresas multinacionales y son interpretados como un aspecto central y herramienta clave de las agendas de Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE). Es más, se dice que “el principal objetivo de los códigos corporativos es definir, supervisar y aplicar reglas internas de comportamiento con el objetivo de mejorar la homogeneidad de la organización y la adherencia a obligaciones legales o valores específicos de la empresa y de ese modo reducir los riesgos que puedan surgir de una violación de las leyes nacionales”.¹⁰ Más recientemente los códigos de conducta se están moviendo desde actos empresariales unilaterales hacia concepciones más complejas y ambiciosas de la RSE.¹¹

En este sentido los Acuerdos Marco Globales son considerados como un paso adelante en la evolución de las respuestas de las multinacionales, con origen en ellas mismas, en un esfuerzo por incrementar la legitimidad de sus políticas de RSE.¹² Sin embargo, como rasgo diferenciador, los Acuerdos Marco Globales son el resultado de un diálogo social en el nivel transnacional como un medio para promover y aplicar el núcleo central de los estándares de trabajo de la OIT.¹³ En este sentido los Acuerdos Marco Globales completan los espacios de disfunción que se producen entre las empresas multinacionales, que son transnacionales, y los interlocutores sociales, tradicionalmente orientados hacia el nivel nacional.¹⁴ Aunque los Acuerdos Marco Globales también presentan una gran variedad, comparten algunas características comunes, ba-

⁷ Schömann et al. *supra* nota 6.

⁸ OIT (2003), *Information Note on Corporate Social Responsibility and International Labour Standards* documento de la OIT ILO GB.286/WP/SDG/4(Rev.), disponible en la siguiente dirección de internet: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/gb/docs/gb286/pdf/sdg-4.pdf> (última visita: 19-03-2011) y OCDE ‘Codes of Corporate Conduct: Expanded Review of their Contents’, *Working Papers On International Investment*, número 2001/6, p 33. Véase también M. Urminsky *Self-regulation in the workplace: Codes of conduct, social labelling and social responsible investment*, Ginebra: OIT, MCC Documento de Trabajo No. 1, 2002.

⁹ A. Carson, M. Scott & Baetz and S. McGill, *Codes of Conduct in the Private Sector – A Review of the Academic Literature from 1987 to 2007*, 2008, p. 2; J-M. Servais, *International Labour Law*, La Haya: Kluwer Law International, 2005.

¹⁰ Schömann et al. *supra* nota 6, p. 85.

¹¹ Stevis, *supra* nota 5, p. 5.

¹² Schömann et al. *supra* nota 6, p. 3.

¹³ Ver, por ejemplo, Gallin *supra* nota 5; Stevis *supra* nota 5.

¹⁴ CIOSL (Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres), disponible en www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=991216332&Language=EN (última visita: 24 may 2010).

sándonos en la cuáles nosotros los definimos como: acuerdos bi-o multilaterales entre empresas multinacionales por una parte y federaciones sindicales globales por la otra, en ocasiones acompañadas por sindicatos nacionales y comités de empresa europeos, dirigidos a estimular el diálogo social a nivel mundial y promover el núcleo central de los estándares de trabajo de la OIT.¹⁵

Aunque estos instrumentos no son adoptados por actores públicos legitimados y, consecuentemente, se consideran legalmente no vinculantes en sentido normativo, ambos se dirigen a regular el comportamiento de las empresas multinacionales con respecto a, entre otros temas, las cuestiones laborales. Ser etiquetados como *soft law* indica que estos instrumentos poseen algunas características legales, tales como normas y estructuras para su cumplimiento, para la regulación de un comportamiento deseado. Entender hasta que punto estos elementos legales están presentes en los instrumentos que nos ocupan (de manera fuerte o débil) y cómo funcionan, mejora no sólo nuestro entendimiento general del funcionamiento legal de los mismos;¹⁶ también mejora nuestra comprensión de las debilidades y fortalezas de los instrumentos en general para generar un efecto normativo.¹⁷ Por lo tanto, supone una aportación para un posterior fortalecimiento legal de estos instrumentos. En cualquier caso, con la posible excepción de Sobczak y algunas consideraciones generales de tipo descriptivo sobre el *soft law*,¹⁸ un análisis como este no ha sido realizado.

¹⁵ Para las diferentes características de las cuales derivamos esta definición: Schömann et al, *supra* nota 6, p. 21-22; Papadakis, *supra* nota 7, p. 2 and 71; Stevis, *supra* nota 5, p. 2.

¹⁶ Aunque son generalmente entendidos como instrumentos de “soft law”, existen opiniones doctrinales contrarias. Ver: Davidov, *supra* nota 3.

¹⁷ Ser considerado *soft law* no implica necesariamente que no existe alguna influencia normativa. Véase esto en el contexto del *soft law* de la Unión Europea: D.M. Trubek, y L.G. Trubek, ‘The OMC and the Debate over “Hard” and “Soft” Law’, in J. Zeitlin, Ph. Pochet and L. Magnussen (eds.), *The Open Method of Co-ordination in Action*. Bruselas: P.I.E.-Peter Lang, 2005, p. 83-103.

¹⁸ Entre otros muchos :J.E.S. Fawcett ‘The Legal Character of International Agreements’, *British Journal of International Law*, 1953, p. 381-400; O. Schachter, ‘The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements’, 71:2 *The American Journal of International Law*, 1977, p. 296-304; R. Baxter, ‘International Law in her “infinite variety”’ 29 *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 549-566; M. Bothe, ‘Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations’, XI *Netherlands Yearbook of International Law*, 1980, p. 65-95; A. Aust, ‘The Theory and Practice of Informal International Instruments’, 35 *International and Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 787-812; T. Gruchalla-Wesierski, ‘A Framework for Understanding *Soft Law*’, 30 *McGill Law Journal*, 1984/1985, p. 37-88; C. Lipson, ‘Why are some international agreements informal’, 45:4 *International Organisation*, 1991, p. 496-498; D. Shelton, *Commitment and Compliance. The Role of non-binding Norms in the International Legal System*, 2000, Oxford: Oxford University Press.

Algunas consideraciones útiles provienen de aquéllos que se oponen a la aceptación de instrumentos no vinculantes legalmente en el ámbito legal. Entre ellos: D. Thürer ‘*Soft Law*, eine neue Form von Völkerrecht’, 104:1 *Revue de Droit Suisse*, 1985, p. 429-453; J. Klabbers, *supra* nota 2; J. D’Aspremont, ‘Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials’, 19 *European Journal of International Law*, 2008, p. 1075-1093.

El objetivo de este trabajo es llevar a cabo un análisis de las fortalezas y puntos débiles desde un punto de vista legal de los Códigos de Conducta y los Acuerdos Marco Globales. Con este objetivo, introducimos un marco que se construye sobre trabajos anteriores de Gamble, Abbott et al, and Raustiala y consideraciones de d'Aspremont.

El marco se compone de tres rasgos o dimensiones de legalidad: legalidad en la adopción, contenido o *negotium* y estructuras para asegurar el cumplimiento. Estas dimensiones son subdivididas a su vez en elementos que devienen determinantes para analizar hasta que punto una dimensión está presente en el instrumento objeto de análisis. La presunción subyacente del marco analítico es que cuando todos los elementos de las tres dimensiones están presentes en su total extensión, el instrumento es entonces *hard law*; todo elemento que no está presente en su máxima extensión “debilita” el instrumento y lo acerca hacia un concepto de *soft law*; cuando muchos elementos están ausentes la pregunta que surge es si el instrumento realmente pertenece al ámbito legal. De tal modo que adoptamos una escala legal descendente desde el derecho tradicional o *hard law* hacia diferentes formas de *soft law* o incluso de no legalidad en absoluto.¹⁹ Sin embargo, de manera interesante, el análisis muestra dónde se encuentran la debilidad y la fortaleza de un instrumento desde un punto de vista legal, lo que mejora nuestra comprensión de la forma en que regulan el comportamiento de los actores a los que son de aplicación los instrumentos.

Tras la introducción del esquema analítico, los Códigos de Conducta y los Acuerdos Marco Globales son analizados a través del mismo. Al ser altamente variables ambos instrumentos tanto en su contenido como en su estructura, el análisis está basado en definiciones y estudios generales de estos instrumentos, tal y como será explicado en los respectivos apartados. Dado que el modelo analítico se basa en modelos elaborados para el análisis de instrumentos más tradicionales del derecho internacional, como por ejemplo, los actos de los actores públicos, mientras que en el presente trabajo nos enfrentamos a la autorregulación de actores no gubernamentales, el análisis adopta en ocasiones una perspectiva amplia y flexible que busca el espíritu de los rasgos y elementos del modelo. Además hemos de advertir que no se ha realizado para este trabajo un análisis empírico propio de todos los instrumentos, que hubiera sido preferible en relación con algunos elementos del análisis, basándonos por el contrario en las investigaciones ya realizadas (en particular en relación con los códigos de conducta) y completadas con incursiones en algunos de los instrumentos cuando no existía información disponible (en particular en el caso de los Acuerdos Marco Globales).²⁰ Como ambos instrumentos son utilizados para regular problemas y

¹⁹ En esto seguimos a K.W. Abbott, R.O. Keohane, A. Moravcsik, A-M. Slaughter and D. Snidal, ‘The Concept of Legalization’, 50:3 *International Organization*, 2000, p. 401-419.

²⁰ Esto es el caso, en particular, del análisis del Segundo elemento, contenido o substancia.

relaciones laborales y sociales de organizaciones multinacionales, es interesante no sólo analizar su potencial legal individual para generar efecto normativo, sino también comparar las potencialidades y capacidades de ambos instrumentos. Así, las conclusiones alcanzadas no se limitan sólo a resumir los resultados del análisis para la comprensión de los puntos fuertes y las debilidades de estos instrumentos, sino que también posibilitan la comparación de los hallazgos, lo que nos permite un mejor entendimiento de como estos instrumentos regulan conjuntamente los asuntos laborales y sociales en el nivel transnacional.

2. MODELO ANALÍTICO PARA EL ANÁLISIS DE NORMAS TRANSNACIONALES

Aunque es muy complejo crear un modelo definitivo para analizar la calidad legal del derecho internacional, pretendemos introducir un modelo lo más exhaustivo e integral posible que nos permita un análisis comparativo sistemático de la calidad legal de los instrumentos utilizados para regular cuestiones en el nivel transnacional, que de alguna manera pretende ser un tipo de derecho transnacional. La construcción del modelo se apoya en particular en los marcos elaborados por Gamble²¹, Abbott et al²², y Raustiala²³, y se inspira asimismo en consideraciones llevadas a cabo acerca del “soft law” por d’Aspremont²⁴. El marco está compuesto por tres dimensiones de legalidad que son: la legalidad en la adopción de la norma; el contenido o *negotium* y la estructura que asegura el cumplimiento.²⁵ Estas dimensiones se subdividen a su vez en distintos elementos que nos determinan hasta que punto cada dimensión está presente en el instrumento y con qué intensidad. Basándonos en este modelo podemos analizar no sólo la calidad legal de instrumentos legalmente vinculantes, sino también la de aquellos instrumentos que no siendo legalmente vinculantes pretenden alcanzar efecto normativo.

2.1. Legalidad en la adopción

Esta primera dimensión se refiere a los aspectos formales de la adopción de un instrumento. Es el elemento más decisivo para responder a la cuestión de cuan-

²¹ J.K. Gamble, ‘The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea as Soft Law’, *8Houston Journal of International Law*, 1985, p. 37-48.

²² K.W. Abbot et al., *supra* nota 20.

²³ K. Raustiala, ‘Form and Substance in International Agreements’, *99American Journal of International Law*, 2005, p. 581-614.

²⁴ D’Aspremont, *supra* nota 19.

²⁵ La división de un acuerdo internacional en estas tres dimensiones, aunque para fines diferentes, es realizada por Raustiala, quien perseguía en este intento entender la arquitectura de los acuerdos internacionales, *supra* nota 24.

do un instrumento es o no legalmente vinculante.²⁶ En esta dimensión podemos distinguir cuatro elementos: la forma del instrumento (*instrumentum*); el procedimiento de adopción de la norma; la competencia para la adopción de instrumentos legalmente vinculantes y las circunstancias que rodean la creación del instrumento.

La forma del instrumento se refiere al tipo de instrumento que es adoptado. Aunque, tal y como ha sido argumentado por Myers²⁷ y Baxter²⁸ y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE²⁹, la forma del instrumento no es conclusiva, no obstante, nos ofrece una primera impresión de lo que los actores han intentado crear.

El segundo elemento tiene que ver con los procedimientos de adopción del instrumento. En general los instrumentos que se quieren elaborar como legalmente vinculantes tienen que ser adoptados mediante procedimientos específicos que confieren a los mismos la calidad de legales. Estos procedimientos incluyen, por ejemplo, reglas sobre la firma, entrada en vigor, publicación, ratificación, etc. Si un instrumento es adoptado conforme a estos procedimientos, existe mayor probabilidad de que las partes implicadas estén intentando crear un instrumento legalmente vinculante que en los casos en los que no se lleva a cabo la adopción conforme a estos procedimientos.

El tercer elemento es el de la competencia de los actores involucrados en la adopción de un instrumento legalmente vinculante. En esencia esto supone el hecho de que si un instrumento es adoptado por actores que no son competentes para hacerlo, el instrumento ha sido adoptado al margen de la legalidad y por lo tanto carecerá de vinculatoriedad legal.

El último elemento es el de las circunstancias que rodean la creación del instrumento. Este elemento se refiere a las razones por las cuales los actores que se encuentran en una determinada situación prefieren la adopción de instrumentos que no son legalmente vinculantes frente a elementos que sí lo son. Una de estas circunstancias tiene que ver con la complejidad de la materia a regular. Una materia puede ser compleja porque el contenido de la misma es en sí mismo complejo o porque afecta a muchas otras materias.³⁰ Otra circuns-

²⁶ Aunque este argumento es utilizado principalmente para negar la existencia del *soft law* (la ley es "fuerte" o no es ley), la esencia de este argumento es que la ley es legalmente vinculante o no. Véase: D'Aspremont, *supra* nota 18; P. Weil, 'Towards Relative Normativity in International Law?', 77:3 *The American Journal of International Law*, 1983, p. 413-442.

²⁷ D.P. Myers, 'The names and scope of Treaties', 51:3 *American Journal of International Law*, 1957, p. 574-605.

²⁸ R. Baxter, 'International Law in her infinite variety' 29 *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 549-566.

²⁹ TJUE Case C-311/94, *IJssel-Vliet Combinatie B.V. v. Ministerie van Economische zaken* [1996] ECR I-5023, par. 44. Otros ejemplos son: TJUE Case C-57/95, *France v. Commission* [1997] ECR I-1627; TJUE Case C-313/90, *CIRFS v. Commission* [1993] ECR I-1125; TJUE Case C-366/88, *France v. Commission* [1990] ECR I-3571. Véase también Klabbers, *supra* nota 2, p. 387-390.

³⁰ Abbott and Snidal, *supra* nota 2.

tancia es la confidencialidad tal y como sucede en materias que afectan a la seguridad.³¹ Pero también las circunstancias políticas son relevantes para que los actores involucrados elijan o no un instrumento legalmente vinculante. En particular cuando parece políticamente imposible alcanzar un acuerdo, es más probable que los actores utilicen como recurso la adopción de instrumentos no vinculantes para intentar superar o evitar un punto muerto ante la posibilidad de un fracaso y la no adopción de ningún tipo de acuerdo o regulación.

2.2. Substancia / negotium

La segunda dimensión, substancia *onegotium*, tiene que ver con la calidad normativa del contenido del instrumento. El contenido son los derechos y obligaciones que el instrumento diseña con el objetivo de regular el comportamiento de los sujetos que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación. Como tal, un instrumento tiene más probabilidades de generar un efecto normativo cuando crea de manera clara y precisa derechos y obligaciones bien definidos que dejan poco margen de interpretación y ambigüedad, cuando las reglas que establece son coherentes y cuando las mismas se formulan en un lenguaje legal con referencias a un discurso legal.³² Para su análisis, esta dimensión se subdivide en tres elementos: obligación, precisión y tipo de lenguaje utilizado.

Tal y como muestra Abbott, distintas clases de obligaciones pueden ser establecidas, entre las cuáles (de mayor a menor intensidad obligatoria) encontramos:

- obligaciones incondicionales;
- condiciones implícitas en obligaciones contenidas en un tratado político;
- obligaciones contingentes y cláusulas de escape que permiten reservas nacionales a obligaciones específicas
- obligaciones exhortatorias; y
- recomendaciones y normas guía.³³

Que tipo de obligación ha sido creada puede reconocerse con ayuda de otros dos elementos: precisión y lenguaje utilizado.

El elemento precisión se determina en primer lugar por la coherencia interna del instrumento en su conjunto. Esto significa que las normas de los acuerdos no han de ser contradictorias entre sí. En segundo lugar, la precisión se refiere al margen de interpretación y ambigüedad en la defensa de los derechos dise-

³¹ Lipson *supra* nota 19.

³² Esta dimensión se apoya con fuerza en la idea subyacente de “concepto de legalidad” tal y como lo explica Abbot et al, *supra* nota 20.

³³ Abbot et al, *supra* nota 20, p. 410.

ñados o en la ejecución de las obligaciones.³⁴ Por ejemplo, declaraciones con objetivos amplios e imprecisos o grandes declaraciones de principios se consideran demasiado indefinidas para crear obligaciones incondicionales.³⁵ En otros, Abbott, distigue los siguientes cuatro indicadores de precisión (ordenados de mayor precisión a mayor vaguedad):

- reglas determinadas que solo permiten estrechos márgenes de interpretación;
- reglas que permiten márgenes de interpretación substanciales pero limitados;
- reglas que dejan amplias áreas de discrecionalidad; y
- reglas que contienen “estándares” que son únicamente significativos en referencia a situaciones específicas.³⁶

Además es posible determinar la naturaleza de una obligación analizando el lenguaje que es utilizado para formular derechos y obligaciones. La ley tiene su propia retórica;³⁷ además, el tipo de lenguaje que es utilizado es un indicador o señal de la intención de los actores. Por ejemplo, si la intención de los actores es crear un acuerdo legalmente vinculante, probablemente utilizarán un lenguaje con terminología legal que incluya términos como “deberán”, “acuerdo”, “obligaciones” y “entrada en vigor”, en lugar de palabras como “serán”, “podrán”, “previsiones”, “entrar en funcionamiento” que son palabras que denotan una intención de crear algo menos que un acuerdo legalmente vinculante.³⁸

2.3. Estructura

La tercera dimensión, estructura, se ocupa de “el nivel hasta el cuál los estados y otros actores delegan autoridad a terceras partes designadas [...] para poner en práctica acuerdos.”³⁹ El primer elemento de esta dimensión es la estructura de resolución de conflictos. Se presume que es más fuerte cuando los conflictos se solventan ante los tribunales siendo el extremo más débil las soluciones a través de negociaciones políticas. La fuerza de los organismos judiciales no se basa tanto en sus poderes (constitucionales) de hacer cumplir

³⁴ En este sentido cabe precisar que siempre habrá cierto margen de interpretación, no debiendo perderse de vista que cierta ambigüedad y laxitud es inherente a las normas internacionales. U. Fastenrath, ‘Relative Normativity in International Law’, *European Journal of International Law*, 1993, p. 305-340.

³⁵ Parte de la doctrina argumenta que cuando este es el caso los actores involucrados intentan en ocasiones evitar la vinculatoriedad legal del instrumento. Schachter, *supra* nota 19.

³⁶ Abbot et al, *supra* nota 20.

³⁷ Abbot et al, *supra* nota 20, p. 409-410.

³⁸ Aust, *supra* nota 18, p. 800; Gamble, *supra* nota 22, p. 39-40.

³⁹ Abbot et al, *supra* nota 20, p. 415; Raustiala, *supra* nota 24.

las normas sino en su función que obliga a necesitar una justificación para alegar incumplimientos, lo que introduce incentivos muy potentes para que los actores adecuen su actuación a la norma.⁴⁰ Esto último descansa sobre la asunción de que “palabra y hecho pueden diverger: mientras que la palabra puede adaptarse para coincidir con el hecho, si los procedimientos legales restringen el tipo de argumentos que pueden ser válidamente utilizados, el hecho tiende a adecuarse también.”⁴¹

El segundo elemento tiene que ver con el control del cumplimiento. Se considera que existe una estructura fuerte de control del cumplimiento cuando éste queda bajo la tutela de los tribunales de justicia, mientras que se considera que existe una estructura débil cuando hace referencia a métodos como informes de cumplimiento, publicación de información, etc.⁴²

El tercer elemento de la estructura es la delegación de la posterior elaboración de normativas. Este elemento es útil para el análisis de la naturaleza legal de un instrumento, dado que se presume que solo un instrumento legalmente vinculante puede delegar la competencia de adoptar en un momento posterior instrumentos vinculantes. Además es un buen indicador del efecto normativo que un instrumento puede generar, ya que la adopción de reglas posteriores, bien sea a través de la jurisprudencia o mediante la adopción de nuevos instrumentos, clarifica y refuerza el comportamiento esperado con la regulación.⁴³ Sólo la combinación de estos tres elementos nos puede dar una indicación aceptable de la naturaleza legal del instrumento.

2.4. Modelo analítico

Basándonos en lo anteriormente expuesto, podemos diseñar un modelo analítico tal y como se muestra en la tabla 1. El modelo puede ser utilizado tanto para evaluar la naturaleza de instrumentos legalmente vinculantes que son “debilitados” debido a la calidad de sus contenidos o su estructura para asegurar el cumplimiento así como para el análisis de instrumentos que no son vinculantes legalmente pero se incluyen en el ámbito de lo legal porque se les presume capaces de generar un efecto normativo.

⁴⁰ Raustiala, *supra* nota 24, p. 606.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Ibid* p. 607.

⁴³ Abbot et al, *supra* nota 20, p. 416-418.

Tabla 1. Modelo de análisis de la naturaleza legal de instrumentos internacionales

Dimensión	Elementos
Legalidad	<p>Forma / instrumento (tratado, declaración, otras formas o instrumentos)</p> <p>Procedimiento de adopción (procedimiento de ratificación nacional; procedimiento institucionalizado de adopción; otros procedimientos; sin procedimientos)</p> <p>Competencia (del actor, en particular dentro de contexto de una organización internacional)</p> <p>Circunstancias ambientales (complejidad; factores políticos; confidencialidad)</p>
Substancia / negotium	<p>Tipo de obligación (incondicional, exhortatoria, política)</p> <p>Precisión (margen de apreciación; coherencia interna)</p> <p>Lenguaje utilizado (palabras clave; retórica legal o no legal)</p>
Estructura	<p>Resolución de conflictos (tribunales, arbitrajes o negociación)</p> <p>Control del cumplimiento (revisión judicial o informes de aplicación)</p> <p>Posterior reglamentación (reglas de aplicación legalmente vinculantes; jurisprudencia; reglas de interpretación no vinculantes)</p>

3. EVALUACIÓN DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Analizar la naturaleza legal de los códigos de conducta en general es una tarea muy compleja porque existe muy poca uniformidad entre ellos y porque no deben ser entendidos en términos estáticos, dado que son adaptados y revisados con gran frecuencia. Además, existen enormes diferencias entre los códigos de empresas con sedes en diferentes países y entre los códigos de las empresas en los diferentes sectores económicos. En resumen, los códigos son instrumentos heterogéneos y en constante cambio.⁴⁴

No obstante, en el nivel más general se pueden encontrar algunos elementos comunes. A nivel de regulación es generalmente aceptado que los códigos

⁴⁴ OIT (1998 Estudio de aproximadamente 258 códigos de conducta y 12 programas de etiquetado social) y OCDE (2001 Estudio de 246 códigos de conducta voluntarios). Los estudios también confirman la enorme diversidad de los códigos de conducta y la falta de consistencia en el tratamiento de los temas en los mismos. Veáanse más detalles en: Urminsky, *supra* nota 9.

de conducta son utilizados para completar el vacío de “gobernanza” en el nivel transnacional.⁴⁵ En un nivel descriptivo se afirma que “un código de conducta es un nombre dado a un conjunto de principios y reglas que gobiernan el modo en que las instituciones sociales deberían actuar frente a los posibles interesados y afectados y el modo en que los interesados (especialmente trabajadores) deberían actuar frente a la institución y entre ellos mismos”.⁴⁶ Una definición generalmente aceptada la encontramos en Servais, quien define los códigos de conducta en general como “un conjunto de reglas, preceptos o instituciones que pueden ser o no obligatorios desde una perspectiva legal”.⁴⁷ Además, el autor observa que el término es “por costumbre utilizado para referirse a los documentos escritos mediante los cuáles una empresa se compromete a observar cierta política o ciertos principios”.⁴⁸ Frecuentemente ponen el énfasis en la responsabilidad social de las empresas multinacionales y son interpretados como una herramienta central en las estrategias de RSE. El informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, observa que “el principal objetivo de los códigos de conducta es definir, controlar y hacer cumplir reglas internas de comportamiento con el objetivo de mejorar la homogeneidad corporativa y la adherencia a las obligaciones legales o a valores específicos de la empresa, y de esta manera reducir los riesgos de que se pudiesen derivar de una violación de las leyes nacionales.”⁴⁹ Desde el punto de vista del derecho laboral, los códigos son instrumentos privados, orientados al mercado, que de alguna manera promueven derechos laborales.

El análisis de la naturaleza legal de los códigos de conducta estará basado en estos elementos comunes y nociones generales.

3.1. Legalidad en la adopción de los códigos de conducta

Con respecto al primer elemento de legalidad, el instrumento, en teoría pueden identificarse las siguientes formas de códigos de conducta: acuerdos o convenios colectivos firmados con sindicatos; actos unilaterales empresariales; declaraciones públicas; adicciones a las reglas laborales de la empresa y acuerdos firmados con ONGs.⁵⁰ En la práctica, sin embargo, la mayoría de los códigos son adoptados con la forma de instrumentos unilaterales de autorregulación a través

⁴⁵ Macklem and Trebilcock, *supra* nota 4, p. 5 and 14; Stevis, *supra* nota 5, p. 2; Gallin *supra* nota 5; O'Rourke, *supra* nota 5, p. 2; and Schömann et al, *supra* nota 6.

⁴⁶ Carson et al *supra* nota 10, p. 2.

⁴⁷ Servais *supra* nota 10, p. 99.

⁴⁸ Servais *supra* nota 10. P. 99

⁴⁹ Schömann et al, *supra* nota 6, p. 85.

⁵⁰ Servais *supra* nota 10, p. 102-103; Urminsky *supra* nota 9, p. 17-20; R. Jenkins, R. Pearson, and G. Seyfang, (eds.), *Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy*, Earthscan Publicaciones Ltd. 2002, p. 28.

de los cuáles los principales órganos decisorios de las empresas establecen reglas de conducta para empleadores y trabajadores (y en ocasiones para proveedores y subcontratistas) que reflejan los principios y valores de la RSE.⁵¹

No existe un procedimiento uniforme o institucionalizado para la adopción de los códigos de conducta (segundo elemento de legalidad en la adopción). Al contrario, éstos varían significativamente de una empresa a otra. Como instrumentos de autorregulación, son establecidos normalmente de manera unilateral por las empresas, o como Wedderburn formulaba a este respecto: “el diálogo social se convierte en un monólogo”.⁵²

Incluso cuando el desarrollo de un código de conducta se lleva a cabo en cooperación con una ONG o un sindicato, o cuando es resultado de algún tipo de diálogo con otros grupos de interesados⁵³, no hay un procedimiento formal de adopción que deba seguirse. Esto se deriva del hecho de que las empresas, en general, no tienen obligación legal alguna de negociar con sus empleados o sus representantes antes de adoptar un código de conducta. Aunque debe subrayarse que en algunos países, la legislación laboral nacional requiere que los representantes de los trabajadores sean informados y consultados si la dirección de la empresa decide adoptar un código de conducta.⁵⁴ Si bien en teoría esa práctica es recomendable,⁵⁵ en particular para reforzar la legitimidad de los códigos,⁵⁶ en la práctica es bastante excepcional y su impacto es marginal. Es más, se dice que “los representantes de los trabajadores y los sindicatos no juegan en la práctica un papel activo en el proceso de inicio, elaboración y firma de un código de conducta, lo que confirma la naturaleza empresarial de estos textos.”⁵⁷

Con respecto al tercer elemento de legalidad, la competencia de los actores para adoptar códigos legalmente vinculantes, dos cosas están claras: en primer

⁵¹ Schömann et al, *supra* nota 6.

⁵² Murray *supra* nota 5.

⁵³ Las negociaciones frecuentemente producen códigos de asociación interempresariales, acuerdos multinivel y acuerdos marco. Ver Urminsky *supra* nota 9, p.17-20. Cuando los códigos son el resultado de negociaciones que envuelven a distintos interesados, suelen ser más integrales y exhaustivos e introducen sistemas más estrictos de seguimiento y control que aquéllos que son unilateralmente adoptados por las empresas.

⁵⁴ En el año 2000, los tribunales de trabajo franceses decidieron que el comité de empresa debe de ser informado y consultado por la dirección de la empresa si ésta decide adoptar un código de conducta. Véase Schömann et al, *supra* nota 6, p. 54.

⁵⁵ Schwartz, citado por Carson et al, *supra* nota 10.

⁵⁶ Hay algunas nociones alternativas sobre el concepto de legitimidad que pueden utilizarse para defender la legitimidad de los códigos de conducta: “Si aceptamos que la *gobernanza sin gobierno* supone desafíos para las nociones tradicionales de legitimidad, deberíamos quizás aceptar también un concepto muy amplio de legitimidad, basado en la sociología de las organizaciones, que concibe una norma o institución como legítima si la audiencia relevante la acepta como legítima”. Macklem and Trebilcock *supra* nota 4, p. 25.

⁵⁷ Schömann et al, *supra* nota 6, p. 3.

lugar, las empresas multinacionales no son actores públicos; y en segundo lugar, no existe ningún marco legal creado por actores públicos que delegue en estas empresas la competencia necesaria para adoptar reglas legalmente vinculantes. Sin embargo, tal y como han dicho algunos autores⁵⁸: “La regulación no opera únicamente mediante el poder soberano de los estados nacionales sino también a través de entidades diversas como organismos supranacionales, empresas multinacionales y ONGs. Sobre todo, la regulación actualmente depende para su efectividad en gran parte de mecanismos de mercado.” Además, Hepple argumenta que “las formas privadas de control social son en ocasiones mucho más importantes para dirigir comportamientos que el cumplimiento de las normas del estado”. También ha sido defendido por algunos que “no hay regulación posible sin auto-regulación”⁵⁹ y como tal, los códigos de conducta pueden servir como parte de una maquinaria que refuerce la aplicación y legitimidad de las normas legales”.⁶⁰ Por otro lado, no hay ninguna duda de que el establecimiento de regulaciones privadas despierta muchas preocupaciones entre los iuslaboralistas que señalan la ambigua relación entre normas privadas y legislación.⁶¹

Desde un punto de vista más pragmático, la adopción de un código de conducta puede verse, no como un problema de competencia, sino como un problema de capacidad; se trata de poder, influencia, visibilidad y vulnerabilidad. Así lo sugiere un estudio de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, en el cuál se señala que la probabilidad de tener un código de conducta que se ocupe de estándares de trabajo o de las relaciones laborales parece ser mayor en empresas con marcas fuertes, en particular aquéllas en los sectores de productos de consumo y textil.⁶² Además, el estudio afirma que el impacto potencial en la imagen corporativa de la violación de derechos sociales fundamentales por las filiales de una multinacional,

⁵⁸ B. Hepple, ‘Does law matter? The future of binding norms’, en Politakis, George P. (ed.): *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, Actas del Coloquio Internacional en el 80 Aniversario del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT, Ginebra, 24-25 de noviembre de 2006 (OIT 2007); O. Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, Universidad de San Diego, School of Law, Legal Studies Research Paper Series, Trabajo de investigación No. 07-27, 2005; B. Langille, ‘The ILO is not a State, its members are not firms’, en Politakis, George P. (ed.): *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*. Actas del Coloquio Internacional en el 80 Aniversario del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT, Ginebra, 24-25 de noviembre de 2006 (OIT 2007).

⁵⁹ J. Murray, ‘Corporate Social Responsibility Discussion Paper’, 4:2 *Global Social Policy*.

⁶⁰ *Ibid*, p. 7.

⁶¹ Schömann et al *supra* nota 6, p. 7.

⁶² Schömann et al *supra* nota 6, p. 35-36. Véase asimismo: Macklem and Trebilcock *supra* nota 4, p. 26.

o incluso por sus proveedores pueden ser incentivos para desarrollar una estrategia proactiva de RSE y, con ella, la adopción de un código de conducta.⁶³

Con respecto al cuarto elemento, circunstancias ambientales o contexto, se puede observar lo siguiente. La adopción de un código de conducta es formalmente voluntaria, pero en realidad hay muchos factores complejos por los cuáles una empresa se puede ver motivada (o incluso presionada) a elaborar un código. En otras palabras: los códigos de conducta no son sólo una manifestación de la autorregulación privada de empresas multinacionales, antes al contrario, existe un control difuso de las multinacionales por parte de los mercados y la sociedad civil.⁶⁴ Las empresas multinacionales elaboran códigos de conducta por múltiples razones, entre las cuáles podemos encontrar las siguientes:

- elaboración como respuesta a la creciente presión de las ONGs, sindicatos y asociaciones de consumidores;
- para la formalización de las políticas de RSE y su integración en la cultura corporativa;
- para reforzar y mejorar la imagen de marca, la reputación y la cultura corporativa y reducir riesgos de reacciones negativas de los consumidores incrementando al mismo tiempo la legitimidad;
- para comunicar principios y compromisos a los interesados;
- para guiar el comportamiento y actuación de los trabajadores;
- para reforzar la autodefensa de la empresa⁶⁵ siendo utilizados como escudos frente a presiones políticas;
- para responder a la creciente “crisis de aplicación” en el derecho laboral;⁶⁶
- para responder a las deficiencias de las regulaciones sociales a nivel internacional y al subdesarrollo de la regulación de las actividades de las empresas multinacionales;
- como respuesta a las preocupaciones sobre las deslocalizaciones y reestructuraciones y la cada vez mayor necesidad de una regulación social más efectiva de las cadenas de producción globales, etc.

⁶³ Schömann et al *supra* nota 6, p. 35-36.

⁶⁴ D. McBarnet y M. Kurkchyanm, ‘Corporate social responsibility through contractual control? Global supply chains and ‘other-regulation’, en D. McBarnet, A. Voiculescu, T. Cambell, (eds.), *The new Corporate Accountability – CSR and the law*, Cambridge University Press, 2007, p. 91.

⁶⁵ Como subrayan Carson and McGill (*supra* nota 10, p. 16), algunos estudios identifican la seguridad legal como uno de los principales propósitos de los códigos de conducta y señalan la existencia de regulaciones incentivadoras en relación con potenciales responsabilidades como factores clave para incluir contenidos específicos en los códigos.

⁶⁶ Davidov*supra* nota 3.

Dado que la globalización esta difuminando los papeles respectivos de los estados y las grandes empresas multinacionales, éstas últimas están intentando ganar poder por medio de una autorregulación. En ocasiones directamente están intentando evitar una regulación estatal. Esta función de vaciamiento (privatización del derecho) de los códigos podría llegar a socavar las responsabilidades públicas en general.⁶⁷ En el caso concreto, las motivaciones pueden variar, diferir de un código a otro y variar en el tiempo.

3.2. Substancia / negotium de los códigos de conducta

Así como la tipología de códigos de conducta varía ampliamente, la calidad normativa del contenido de los mismos también lo hace.⁶⁸ En general podemos decir que los códigos de conducta no son obligatorios *per se*, sin embargo, diversos mecanismos legales pueden relacionarse con los mismos. Es frecuente enfatizar que los códigos voluntarios están de hecho siendo cercados por la regulación legal.⁶⁹ McBarnet, por ejemplo, señala que “las empresas sistemáticamente llegan a compromisos en sus códigos de conducta para cumplir con la ley, a pesar de que esto último es, obviamente, una obligación legal”⁷⁰ De esta manera, las empresas tratan de limitar el riesgo de ser sancionadas. En especial las grandes empresas frecuentemente utilizan los códigos de conducta unilaterales también para imponer sus propias políticas de RSE en los negocios con otros actores, tales como sus propios proveedores y subcontratistas, mediante el uso del control contractual (incorporando los códigos de conducta en los contratos privados).⁷¹ El resultado es que no solamente existe un espectro amplio de razones para la regulación, sino también oportunidades para modelar la naturaleza y el ámbito de los problemas sociales en los códigos de conducta.

El amplio despliegue de tipos de obligación utilizados en los códigos de conducta puede ilustrarse mediante las fórmulas por las cuáles los códigos se aplican (o no) a proveedores⁷²:

- En algunos códigos, la empresa solo señala compromisos vagos para informar o animar a los proveedores y subcontratistas a que respeten

⁶⁷ B.W. Burkett, J.D.R. Craig, yM. Link, *Corporate Social Responsibility and Codes of Conduct: The Privatization of International Labour Law*, Canadian Council on International Law Conference, 15 octubre 2004.

⁶⁸ Schwartz, citado por A.Carson et al *supra* nota 10, p. 10.

⁶⁹ D. McBarnet, ‘Corporate social responsibility beyond law, through law, for law: the new corporate accountability’, enD. McBarnet, A. Voiculescu, T. Cambell, (eds.), *The new Corporate Accountability – CSR and the law*, Cambridge University Press, 2007, p. 31.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ D. McBarnet, *supra* nota 70, p. 42.

⁷² Para mas ejemplos, véase: Schömann et al, *supra* nota 6, p. 28.

el texto o partes del mismo (sin indicación de las consecuencias de la no adhesión a estos principios);

- Algunos códigos son más estrictos y enfatizan que la adherencia al código es un factor importante para ser elegidos o mantenerse como proveedor o subcontratista;
- Un número limitado de códigos de conducta, particularmente en el sector textil,⁷³ recogen sanciones precisas (incluyendo la resolución del contrato) para aquéllos proveedores y subcontratistas que no respeten los principios (o algunos principios indicados) del acuerdo.

El contenido de los códigos es distintivo en el sentido de que los mismos son tendenciosos y parciales cuando llegan a la expresión de los derechos que recogen: tienden a centrarse en derechos que se corresponden con situaciones no conflictivas donde tanto la empresa como los trabajadores obtienen beneficios.⁷⁴No en vano, los códigos son en su mayoría elaborados de manera unilateral por la parte empresarial, no por legisladores del ámbito público. Desde un punto de vista objetivo, esta situación provoca dudas sobre la coherencia conceptual y ética de los códigos de conducta. Además, el contenido de los códigos está lejos de ser uniforme porque no sólo se tratan aspectos laborales, sino que otros temas típicos de la RSE o de la “ética de los negocios” son abordados.⁷⁵

Un examen atento al tipo de derechos reconocidos a los trabajadores muestra que los códigos de conducta hacen referencia a las normas de la OIT, sin embargo, lo hacen de manera poco sistemática. Este es en particular el caso con el reconocimiento de la libertad sindical. De acuerdo con ciertos estudios parece existir una clara tendencia hacia referencias más estrictas y completas a los estándares básicos de trabajo en los códigos de conducta,⁷⁶ aunque al mismo tiempo muestran que con frecuencia los códigos “redefinen” los derechos humanos, los estándares de trabajo y las definiciones legales mediante la utilización de definiciones propias.⁷⁷

Aunque los códigos varían ampliamente en muchos sentidos en términos de su contenido, en general todos ellos son normativos en el sentido de que

⁷³ Para los ejemplos de los códigos de H&M, Gap y Levi Strauss & Co. Véase Schömann et al, *supra* nota 6, p. 69.

⁷⁴ Schömann et al, *supra* nota 6, p. 23.

⁷⁵ Los estudios de la OIT (1998) y la OCDE (2001) así lo muestran. Véase en este sentido Urminsky *supra* nota 9.

⁷⁶ Schömann et al *supra* nota 6, p. 73. Ver también O'Rourke *supra* nota 5, p. 7.

⁷⁷ Por ejemplo, códigos de multinacionales tratan la esclavitud infantil en terminus variados de precisión, control, edad mínima y sanciones. Véase A. Kolk, y R. van Tulder, 'Child Labor and Multinational Conduct: A Comparison of International Business and Stakeholder Codes', *Journal of Business Ethics* 36: 291-301, 2002. Véase también Macklem and Trebilcock *supra* nota 4, p. 29-36.

“ofrecen pautas sobre cómo se debe actuar”.⁷⁸En terminos de obligaciones “cómo debemos actuar” se expresa generalmente utilizando guías, metas y objetivos. Por consiguiente, su calidad normativa es típicamente *soft*.

Cuando centramos nuestra atención en el segundo elemento del contenido, precisión, algunos autores señalan que “al localizar la fuente de regulación en la empresa transnacional en sí misma, un código de conducta puede identificar con mucha mayor precisión cómo los estándares generales van a ser aplicados en los centros de trabajo específicos. Como resultado, los códigos pueden resultar adecuados para responder a la complejidad y el cambio continuo de formas flexibles transnacionales de producción mejor que otro tipo de instrumentos que resultan inapropiados para regularlas. Pueden además adaptarse rápidamente a cambios estructurales en una empresa, sector o economía mientras que las normas estatales son más susceptibles de distanciarse de las condiciones estructurales subyacentes.”⁷⁹Sin embargo, en nuestra opinión, todo esto es válido quizás en un nivel teórico. Dado que no existen indicadores precisos, claros y universales que midan los niveles de lo social, los análisis sobre el grado de cumplimiento y la correcta actuación son oscuros y vagos, como poco.⁸⁰

Algunos investigadores sugieren que la diferencia entre el espíritu de la ley (ética) y la letra de la ley (legalidad) debería ser considerada cuando se desarrollan los códigos. Para ser útiles, los códigos deberían ser claros, sistemáticos y de aplicación eficaz.⁸¹En contraste la práctica revela que la mayoría de los códigos son diseñados utilizando términos abstractos sin recoger provisiones detalladas sobre cómo las empresas van a aplicarlos y respetarlos.

Sobre la base del tono y el lenguaje utilizado (tercer elemento de la dimensión referente al contenido) en los códigos, es posible hacer una diferenciación entre aquéllos que tienen un sentido educativo, inspirador o motivador y aquéllos otros instrumentos que tienen una intención reguladora y prescriben su cumplimiento.⁸²Por supuesto, como los códigos son voluntarios, los empresarios formulan el tipo de código que ellos prefieren. Sin embargo, es controvertido que tipo constituya una herramienta más efectiva para regular los comportamientos.

Parte de la doctrina sostiene que los códigos reguladores que designan conductas particulares como inaceptables son más coherentes con una función disciplinaria pero requieren definiciones precisas para un buen funcionamiento. Otros por el contrario piensan que las funciones educativas y culturales cambiantes de los códigos no quedan bien recogidas por un modelo legalista disciplinario. En

⁷⁸ Carson et al *supra* nota 10, p. 16.

⁷⁹ Macklem y Trebilcock, *supra* nota 4, p. 21.

⁸⁰ Ver este tema más elaborado en el punto 4.3.

⁸¹ Raiborn y Payne tal y como son citados por Carson et al, *supra* nota 10, p. 25.

⁸² Carson et al *supra* nota 10, p. 10 and 15.

ocasiones la legislación es más útil mientras que otras veces una aproximación basada en valores es más adecuada. Algunos autores señalan que la responsabilidad legal y los requerimientos de la regulación influyen en la existencia y formato de las conductas específicas recogidas en los códigos de conducta.⁸³

De manera general podemos identificar las siguientes características sobre el contenido de los códigos de conducta: lenguaje vago, funcional a la empresa, frecuentemente utilizado como estrategias de gestión de recursos humanos y existencia de soluciones retóricas en lugar de sustantivas. Algunos autores, entre ellos Sabel, sostienen que existe una cierta tendencia hacia una competición al alza entre los códigos de conducta, especialmente en algunos sectores como la industria del calzado. Este autor señala no obstante que tal tendencia es más retórica que basada en contenidos sustantivos en el sentido de que es una tendencia que se observa más en los códigos que en el comportamiento efectivo de las empresas. Pero al mismo tiempo Sabel admite que “las empresas serían extremadamente cínicas o miopes (o ambas cosas) para imponerse estándares cada vez más elevados de conducta a nivel global al mismo tiempo que presionan consiguiendo condiciones abusivas en los países concretos donde actúan.”⁸⁴

3.3. Estructuras para asegurar el cumplimiento de los códigos de conducta.

La principal paradoja de la autorregulación empresarial es el hecho de que “la medida en que las empresas pueden ser consideradas responsables depende directamente de la extensión en la que ellas mismas se consideraran vinculadas.”⁸⁵No en vano, como Macklem y Trebilcock subrayan, “formas diversas de protección de los trabajadores no es algo nuevo para el derecho del trabajo”. El problema con los códigos de conducta es que la diversidad para la protección está “fundada en la elección empresarial, opuesta a la democrática”.⁸⁶ De manera similar a las otras dos dimensiones, la capacidad de las empresas para aplicar y hacer cumplir los códigos de conducta difiere ampliamente. Por ello, el nivel de protección de los trabajadores a través de los códigos de conducta depende del contexto de una empresa determinada.

⁸³ Para una visión panorámica de la literatura relevante véase: Carson et al *supra* nota 10, p. 15-16.

⁸⁴ Ch. Sabel, ‘Rolling Rule labor standards: Why their time has come, and why we should be glad of it’, en Politakis, G.P. (ed.), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, Actas del Coloquio Internacional en el 80 Aniversario del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenciones y Recomendaciones de la OIT, Ginebra, 24-25 de noviembre de 2006 (OIT 2007) p. 268. Sobre la *carrera al alza*, véase también Ch. Sabel, D. O’Rourke, y A. Fung, *Ratcheting Labor Standards: Regulating for Continuous Improvement in the Global Workplace*, Versión: 2.1 disponible en: <http://nature.berkeley.edu/orourke/PDF/RLS21.pdf>.

⁸⁵ Murray *supra* nota 5, p. 9.

⁸⁶ Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 27.

En consecuencia, los códigos de conducta pueden conllevar una “balcanización de las relaciones laborales de acuerdo con su origen en distintas empresas multinacionales”⁸⁷

Al llegar a las estructuras para asegurar la aplicación y el cumplimiento de los códigos de conducta descubrimos que, generalmente, no se prevén mecanismos bien elaborados o cuerpos especializados para la resolución de conflictos (primer elemento de las estructuras para asegurar el cumplimiento). Sin embargo, muchos códigos de conducta diseñan sanciones disciplinarias o incluso civiles para los trabajadores que incumplen sus disposiciones. También muchos códigos incluyen procedimientos de información mediante los cuáles los trabajadores son animados a denunciar violaciones del código, frecuentemente mediante la utilización de líneas anónimas.⁸⁸ Además, en el contexto de solución de conflictos, Bob Hepple sostiene que la OIT debería facilitar estos contenidos mediante el establecimiento de un organismo de mediación disponible para las multinacionales y los sindicatos para la resolución de posibles controversias sobre la aplicación de códigos de conducta y otros instrumentos (por ejemplo Acuerdos Marco Globales). Este autor destaca que a largo plazo un Tribunal Internacional del Trabajo, establecido bajo los auspicios de la OIT, será necesario para la resolución de disputas laborales transnacionales.⁸⁹

La aplicación y control de los códigos de conducta (segundo elemento de la estructura para asegurar el cumplimiento) permanece normalmente bajo control empresarial en forma de mecanismos internos de control, frecuentemente delegados a los departamentos de recursos humanos o RSE. Auditores externos, como ONGs, agencias profesionales de auditoría, asociaciones empresariales o sindicatos aparecen ocasionalmente involucrados. Verificaciones y evaluaciones totalmente independientes son poco frecuentes. Una técnica de control utilizada con relativa frecuencia es aquella por la cuál los trabajadores tienen el derecho y a veces incluso el deber de informar sobre cualquier violación que observen del código, por ejemplo, a través de canales internos o líneas anónimas.⁹⁰

Desde la perspectiva de los actores públicos la nota positiva es que “el cumplimiento de los estándares de trabajo generado por los códigos de conducta da lugar a una mayor eficacia para el estado, liberando recursos administrativos escasos que de otra manera tendrían que dedicarse a asegurar el cumplimiento de los requerimientos legales.”⁹¹

⁸⁷ Boyer tal y como es citado por Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 27.

⁸⁸ Schömann et al *supra* nota 6, p. 4.

⁸⁹ Hepple *supra* nota 58, p. 230-231.

⁹⁰ Para más detalles sobre el control véase Schömann et al *supra* nota 6, Capítulo 5. Ver también: D. O'Rourke, 'Monitoring the monitors: a critique of corporate third-party labour monitoring' en R. Jenkins, R. Pearson, G. Seyfang, (eds.), *Corporate responsibility and labour rights: codes of conduct in the global economy*, Earthscan Publications Ltd. 2002.

⁹¹ Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 21.

Pero este proceso de privatización tiene como desventajas la falta de transparencia, rigidez y credibilidad.⁹²La investigación confirma estas carencias y muestra que los códigos de conducta unilaterales son de manera generalizada laxos en los procesos de control y presentan un nivel bajo y fragmentario de cumplimiento y de aportaciones substanciales.⁹³Además, los códigos de conducta confían en la elección del consumidor (y en sanciones basadas en el mercado) como mecanismo último de asegurar el cumplimiento a gran escala.⁹⁴Para salvar parte de estas críticas, muchas multinacionales han adoptado Acuerdos Marco Globales precisamente para mejorar la supervisión y control de códigos de conducta adoptados con anterioridad.⁹⁵

Como los códigos de conducta no son legalmente vinculantes como tales, no pueden generar o delegar capacidad normativa posterior (tercer elemento de la estructura para asegurar el cumplimiento).En cualquier caso, se pueden reconocer ciertas formas de capacidad normativa posterior cuando las estrategias de RSE, por ejemplo, los códigos de conducta, inspiran regulaciones posteriores en el sentido de derechos y obligaciones reconocidos en el código que son extendidos a la cadena de producción, estos es, proveedores, subcontratistas, etc. Esta autorregulación no está necesariamente confinada a “inspirar” regulaciones posteriores, sino que puede imponerse a través de mecanismos de control contractual a la cadena de producción. En otras palabras: el cumplimiento con el código de la empresa matriz puede ser articulado en forma de condiciones contractuales o cláusulas en los contratos con subcontratistas y proveedores. De tal manera que, al contrario que las leyes nacionales, los códigos pueden ampliar su ámbito de aplicación sin importar las fronteras cuando son aplicados a las condiciones de trabajo en las cadenas de producción.⁹⁶No solo las fronteras jurisdiccionales pueden ser superadas con los códigos, igualmente, la separación formal tradicional entre entidades legales diferenciadas puede ser desplazada por la aplicación de los códigos de conducta a las cadenas de producción. Resumiendo, los códigos podrían extender el círculo de personas que están cubiertas por normas laborales.⁹⁷

⁹² E.g O'Rourke *supra* nota 91; como es formulado por Macklem and Trebilcock (*supra* nota 4, p. 35) “Los incentivos en una empresa para aplicar un código son más débiles que para promulgarlo”. De acuerdo con algunas estimaciones, el 80% de los códigos son en realidad afirmaciones generales sobre la ética de los negocios que no proveen método alguno de aplicación. Esta estimación es de la Organización Internacional de Empleadores.

⁹³ T. Campbell, ‘A Human Rights Approach To Developing Voluntary Codes of Conduct for Multinational Corporations’, 16 *Business Ethics Quarterly* 2006, p. 225-269.

⁹⁴ Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 22 y 42.

⁹⁵ Schömann et al *supra* nota 6, p. 3. Ver sobre las estructuras de aplicación y control de los Acuerdos Marco Globales el punto 4.3.

⁹⁶ Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 21 y 26.

⁹⁷ A. Sobczak, ‘Are Codes of Conduct in Global Supply Chains Really Voluntary? From Soft Law Regulation of Labour Relations to Consumer Law’, 16 *Business Ethics Quarterly*, 2006, p. 167-184.

Parece que esta idea de “cadena de responsabilidades” va más allá de las estrategias de autorregulación de la RSE y está introduciéndose también en el ámbito del pensamiento legal y las políticas públicas. Ejemplos de propuestas de este tipo son: las propuestas de la Coalición Europea para la Justicia Corporativa para “Elevar la Responsabilidad Directa de las Empresas Matriz” y para “Establecer un deber de cuidado para la empresamatriz”,⁹⁸ y la Resolución del Parlamento Europeo sobre la responsabilidad social de las empresas subcontratistas en las cadenas de producción.⁹⁹ En general, en el contexto del derecho laboral, esto significa esencialmente que las empresas transnacionales deben asumir una responsabilidad por las condiciones de trabajo en las cadenas de producción y que los contratistas principales deben ser responsables del cumplimiento de las obligaciones laborales de sus subcontratistas.¹⁰⁰

En el espíritu de la elaboración posterior de regulaciones podemos encontrar que las estrategias de RSE, incluyendo los códigos de conducta, pueden tener algunas repercusiones que pueden generar efectos legales indirectos. El primer posible efecto que puede señalarse en este sentido sucede en la práctica legal. Al ser declaraciones públicas, los códigos de conducta pueden influir no sólo en la opinión pública, sino que abren un espacio para la crítica de la sociedad civil y la imposición de estándares éticos más elevados. Lo que es más, pueden influir a los operadores jurídicos a tener estos estándares autoimpuestos en cuenta en la solución de disputas que afectan a aspectos recogidos en los códigos.

En segundo lugar, el creciente número de códigos de conducta llevan a Bob Hepple a la reflexión de que el derecho laboral internacional debe ocuparse de este fenómeno. Esta regulación no debería estar limitada a un sistema de facilitación de la resolución de conflictos, sino que debería suponer la integración de los estándares de la OIT en los códigos. Una manera en que la OIT podría reforzar esto sería mediante una Convención. Si esta sugerencia se pusiera en práctica podrían etiquetarse como un efecto indirecto en el derecho laboral internacional.

⁹⁸ Coalición Europea por la Justicia Corporativa *Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses* (2008) disponible en: http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/ECCJ_FairLaw.pdf

⁹⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009, (2008/2249(INI)).

¹⁰⁰ Esta claro que con anterioridad a los códigos de conducta las empresas multinacionales argumentaban sistemáticamente que los proveedores no nacionales eran independientes y que la empresa matriz no tenía responsabilidad en absoluto por las conductas de los mismos. Hasta cierto punto la irrupción de los códigos de conducta parece haber modificado esta convicción. Hoy en día existen incluso propuestas legales para elaborar alguna responsabilidad global en este sentido. Cf. I.M. Young, ‘Responsibility and Global Labour Justice’, 12:4 *The Journal of Political Philosophy*, 2004, p. 365-388.

Un tercer posible efecto secundario se puede encontrar en la influencia en la legislación nacional. En este contexto podemos recoger al menos dos nuevos e innovadores desarrollos legales. En primer lugar están emergiendo iniciativas legales que vienen impulsando directa o indirectamente acuerdos voluntarios y autorregulación. Este es el caso con las regulaciones suplementarias que regulan la autorregulación en el sentido de que dejan algún margen a la industria para desarrollar sus propios esquemas de regulación, tales como códigos de conducta, siempre y cuando recojan ciertas condiciones definidas o guías de contenidos mínimos.¹⁰¹ Otro ejemplo en este aspecto son los mecanismos regulatorios mediante los cuáles la adopción de un código de conducta puede ser la base para un sistema selectivo y gradual de sanciones¹⁰² y puede servir como una herramienta para limitar ciertos riesgos legales, por ejemplo mediante exenciones para los empresarios de ciertos requisitos. Un ejemplo de dicho régimen regulatorio lo encontramos en las llamadas Directrices de imposición de penas en los Estados Unidos que previenen sanciones más leves para las empresas que han adoptado y aplicado códigos de conducta.¹⁰³ En este contexto Davidov menciona por ejemplo exenciones en normas de empleo bajo ciertas condiciones para empresas que adoptasen códigos.¹⁰⁴ Ambos tipos de iniciativas regulatorias previenen incentivos para los empresarios que ayuden a desarrollar esquemas internos, como los códigos, para asegurar el cumplimiento y la conformidad con la ley. Los estados pueden reforzar dichas iniciativas utilizando diversos mecanismos, que al final expanden el potencial regulatorio de los códigos de conducta.¹⁰⁵

En segundo lugar, están emergiendo iniciativas legales para crear lo que las empresas han percibido como “legalmente aplicable de manera voluntaria”. En este contexto algunos tipos de responsabilidad legal se adjuntan a compromisos voluntarios y autorregulatorios, por ejemplo, bajo las normas de protección

¹⁰¹ Ver en este contexto también: Macklem y Trebilcock *supra* nota 4, p. 45, donde sostiene que “El estado podría elegir dejar algunos elementos de la producción normativa en manos privadas y establecer unas estructuras fuertes de control. O podría dejar la función de control en manos de actores no gubernamentales y crear incentivos para que las empresas maximicen el cumplimiento. Otra opción sería diseñar canales para involucrar a los interesados en la producción normativa, el control y la aplicación para reforzar la legitimidad de las medidas voluntarias.” Un ejemplo de esta opción se puede encontrar en Hungría, en el Código Laboral (Norma 22 of 1992), Artículo 70/A, que trata de los planes de igualdad de oportunidades.

¹⁰² Para el concepto de “regulación receptiva” véase Hepple *supra* nota 58, p. 223-224.

¹⁰³ Schömann et al *supra* nota 6, p. 23. Ver otro ejemplo recogido en este trabajo (p. 35): la ley Sarbanes-Oxley en los Estados Unidos, adoptada tras el escándalo Enron, impone la adopción de códigos de conducta y procedimientos que hagan posible a los empleados denunciar violaciones de estos códigos por parte de las empresas que aparecen en la lista del mercado de stock americano.

¹⁰⁴ Davidov *supra* nota 3.

¹⁰⁵ *Ej:* mediante leyes de adquisiciones socialmente responsables; leyes de información; leyes que requieren a las empresas nacionales con negocios en el extranjero la adherencia a determinados códigos de conducta. Véase Murray *supra* nota 5, sobre los intentos en Australia y los Estados Unidos para diseñar legislación sobre códigos de conducta empresariales.

de los consumidores. Por ejemplo, si una empresa está utilizando su código de conducta como elemento de marketing, pero de hecho no respeta los contenidos del mismo, podríamos estar hablando de publicidad engañosa.¹⁰⁶

Aunque no queremos defender que estos nuevos desarrollos legales son consecuencia directa del movimiento de los códigos de conducta en general, se pueden constatar desarrollos que indican claramente una convergencia entre enfoques regulatorios y de autorregulación. Como tales, los códigos de conducta de la RSE tienen un efecto indirecto “inspiracional” en los legisladores nacionales, con la consecuencia de que los mismos códigos han llegado a ser progresivamente abordados por la legislaciones nacionales.¹⁰⁷

Un cuarto efecto que se puede señalar tiene que ver con las obligaciones de los trabajadores. Los códigos de conducta normalmente contemplan una guía para el comportamiento del trabajador y con frecuencia crean para el mismo nuevos deberes, pudiendo el no cumplimiento de los mismos tener consecuencias en el contrato de trabajo. Muchos códigos de conducta prevén de manera explícita sanciones disciplinarias e incluso civiles para los trabajadores cuyo comportamiento no es conforme a los principios recogidos en el código. En muchos casos, los trabajadores también están obligados a informar de los incumplimientos del código que puedan observar, a través de líneas anónimas.¹⁰⁸

Junto a los distintos efectos indirectos que señalamos en la esfera legal, tenemos que reconocer las limitaciones obvias¹⁰⁹ de los códigos de conducta puramente unilaterales, que recientemente han conducido a una intensificación y diversificación de las iniciativas provenientes de la sociedad civil, lo que se conoce en ocasiones como “regulación civil”. Al mismo tiempo que la regulación civil está creciendo en importancia, las respuestas empresariales también evolucionan desde códigos de conducta unilaterales hacia enfoques cada vez más complejos y ambiciosos de la RSE.¹¹⁰

4. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA LEGAL DE LOS ACUERDOS MARCO GLOBALES

Al igual que los códigos de conducta, los Acuerdos Marco Globales (AMG) presentan múltiples formas y varían considerablemente. Sin embargo, hay algunas características generales sobre las cuáles podemos diseñar una idea general de la naturaleza legal de estos AMG. Simplificando, podemos decir que el propósito y la función principal que desempeñan los AMG es, en general, estimular el día-

¹⁰⁶ Cf. Artículo 6(2)(b) de la Directiva 2005/29/EC sobre prácticas comerciales desleales.

¹⁰⁷ McBarnet *supra* nota 70, p. 31.

¹⁰⁸ Schömann et al *supra* nota 6, p. 4.

¹⁰⁹ Como se indica en las partes sobre cumplimiento.

¹¹⁰ Stevis *supra* nota 5, p. 2.

logo social global entre las empresas multinacionales y los representantes de los trabajadores así como la promoción de los estándares básicos de trabajo formulados por la OIT.¹¹¹ Como tales, los AMG formalizan “relaciones dinámicas entre las empresas multinacionales y las federaciones sindicales globales que pueden solucionar problemas laborales en interés de ambas partes”.¹¹² En segundo lugar, como los códigos de conducta, los AMG completan un vacío de gobernanza en la regulación de los aspectos laborales de las empresas transnacionales. Otra similitud es la ausencia de actores públicos: los AMG son acuerdos bi- o multilaterales entre empresas multinacionales por un lado y federaciones sindicales globales por el otro, frecuentemente acompañadas por Comités de Empresa Europeos.¹¹³ En tercer lugar, el ámbito de los AMG no está necesariamente limitado a los actores directamente envueltos en la adopción de acuerdos, sino que también puede incluir a subcontratistas y proveedores de la multinacional en cuestión.¹¹⁴

Dado que los AMG son diversos y varían, tenemos que hacer algunas precisiones en este sentido. Existen tres enfoques principales en la comprensión de los AMG:

- AMG como el último desarrollo de los instrumentos de RSE hacia enfoques cada vez más complejos y participativos;¹¹⁵
- AMG como resultado de políticas públicas en respuesta a la cada vez mayor preocupación de las organizaciones internacionales sobre las externalidades de las actividades económicas de las multinacionales;¹¹⁶
- AMG como el resultado de una construcción más amplia de las relaciones laborales transnacionales, que trata de superar el vacío existente de regulación.¹¹⁷

¹¹¹ , Schömann et al *supra* note 6, p. 21-22.

¹¹² De acuerdo a la CIOSL (Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres), disponible en www.icftu.org/displaydocument.asp?Index=991216332&Language=EN (última visita 25-05-2010).

¹¹³ Papadakis et al *supra* nota 7, p. 2.

¹¹⁴ Papadakis et al *supra* nota 7, p. 68.

¹¹⁵ Stevis *supra* nota 5, p.2.

¹¹⁶ I. Da Costa y U. Rehfeldt, ‘Transnational collective bargaining at company level: historical developments’ en Papadakis (ed.), *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging global industrial relations framework?* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008, p. 43-64. En este sentido, los autores señalan que “En los años setenta, había una considerable preocupación pública acerca del poder cada vez mayor de las empresas multinacionales, que podía llegar a escapar del control de los estados nacionales. (...) Las empresas multinacionales se enfrentaron a acciones restrictivas por parte de diferentes gobiernos nacionales y movimientos de regulación internacionales. La OCDE trabajó en las Directrices para las Empresas Multinacionales, que fueron adoptadas en 1976, seguidas pronto por la Declaración de Principios Tripartita relativa a las Empresas Multinacionales y la Política Social de la OIT en 1977 (revisadas en 2000 y 2006), y existían negociaciones en marcha para establecer un código de las Naciones Unidas (ONU) para las empresas multinacionales”.

¹¹⁷ Gallin *supra* nota 5, p. 39.

Nuestro análisis se centra en este último enfoque de los AMG, como instrumentos que son utilizados para regular las relaciones laborales transnacionales.

4.1. Legalidad en la adopción de los acuerdos marco globales

La forma del instrumento (primer elemento de legalidad) para la adopción de los AMG es una cuestión sencilla tal y como se refleja en el nombre: se trata de acuerdos bi- o multilaterales. Aunque esto parece simple, todavía existe una discusión acerca de si estos acuerdos son una forma de contrato privado entre las partes involucradas o se trata de convenios colectivos tal y como los conocemos en el nivel nacional. En relación con esto último, Sobzack señala que estos acuerdos no deberían ser comparados con los convenios colectivos del nivel nacional, sino que más bien deberían concebirse como un instrumento con sus especificidades propias a nivel internacional.¹¹⁸

No existe un procedimiento formal para la adopción de los AMG (segundo elemento de legalidad), sin embargo, siempre aparecen firmados por los representantes de la empresa multinacional y de los representantes de los trabajadores.¹¹⁹ A pesar de la ausencia de procedimientos formales, la doctrina ha señalado algunos procedimientos informales de adopción, en donde se puede distinguir entre reglas relativas a una fase preparatoria y reglas relativas a las fases de negociación y elaboración del texto.¹²⁰ Las reglas preparatorias crean las bases por las cuáles el completo proceso de negociación y acuerdo de los AMG es llevado a cabo, diseñando por ejemplo la posibilidad de reuniones conjuntas, mientras las reglas concernientes a la fase de negociación establecen los parámetros en los cuáles tienen lugar las negociaciones, contemplando por ejemplo la posibilidad de encuentros por separado o la consulta de expertos.¹²¹ Ambos tipos de procedimientos informales pueden encontrarse en directrices internas o recomendaciones que son acordadas entre las partes.¹²²

¹¹⁸ A. Sobczak, 'Legal Dimensions of International Frameworks Agreements in the field of Corporate Social Responsibility' in Papadakis (ed.), *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: an emerging global industrial relations framework?* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008, p. 116-121.

¹¹⁹ Papadakis et al *supra* nota 7, p. 69.

¹²⁰ Ver Schömann et al *supra* nota 6, p. 49-57.

¹²¹ Este es el caso de los "procesos de aprendizaje conjunto entre representantes de los empresarios y trabajadores en el grupo EDF", donde "el primer paso fué un foro de tres días co-organizado por la dirección de la empresa y el Comité de Empresa Europeo en abril de 2003 en el cuál las futuras partes firmantes tuvieron la oportunidad de discutir asuntos con ONGs, organizaciones sindicales internacionales y expertos". Véase Schömann et al *supra* nota 6, p. 53.

¹²² Ver 'Recomendaciones adoptadas por el Comité Ejecutivo en Sevilla, España, mayo de 2007'. Disponible en formato PDF en ocho idiomas en www.imfmatal.org/index.cfm?c=14863

Debido a la falta de un marco legal en el campo de la negociación colectiva transnacional, ningún poder ha sido explícitamente conferido por ley a ningún actor.¹²³ Sin embargo, el asunto de la competencia es delicado, dado que los efectos normativos de los AMG dependen de la representatividad de las partes involucradas en las negociaciones.¹²⁴ Este es el caso en particular cuando el ámbito de aplicación incluye subcontratistas y proveedores de la multinacional. En el lado empresarial los problemas de representación surgen cuando el representante no tiene un mandato para negociar en nombre de estos actores. Es ese caso, el AMG no será vinculante para esas partes.¹²⁵

En el lado de los trabajadores surge un problema cuando los trabajadores de las empresas subsidiarias y subcontratistas no están representados por sus propios representantes.¹²⁶ Para solucionar estos problemas de representación se intenta involucrar a otras organizaciones en la firma conjunta de los acuerdos, entre otros a los sindicatos nacionales y los Comités de Empresa Europeos, sin embargo, esta solución no es concluyente y presenta además algunas limitaciones.¹²⁷

Los incentivos para la elaboración de un AMG dependen de múltiples factores. Uno de ellos es el vacío de gobernanza o la falta de regulaciones públicas. Otro factor es la distancia entre la actuación mundial de las empresas multinacionales y los marcos de regulación, que permanecen en el nivel nacional, incluyendo la negociación colectiva, de donde surge la necesidad de regular y negociar los aspectos laborales en el nivel transnacional.¹²⁸ Junto a estos factores legales podemos encontrar factores “objetivos” que estimulan la adopción de AMG, entre los cuáles se encuentran el grado de internacionalización de las empresas, el sector en el cuál desarrollan su actividad, la cultura corporativa de la empresa y la calidad del diálogo social en la misma.¹²⁹ Otros factores podemos identificarlos en un análisis de los preámbulos de 47 AMG realizado por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y

¹²³ Sobczak *supra* nota 119, p. 117.

¹²⁴ E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobzack, F. Valdés Dal-Ré, ‘Transnational Collective Bargaining: past, present and future’ Versión final, Comisión Europea, Directorado General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, febrero 2006, p. 21 (disponible en: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=707&langId=en&intPageId=214>)

¹²⁵ Sobczak *supra* nota 119, p. 117.

¹²⁶ *Ibid* p. 118.

¹²⁷ *Ibid* p. 119 y Ales et al *supra* nota 125, p. 21-27 respectivamente.

¹²⁸ Ver Gallin *supra* nota 5; Da Costa y Rehfeldt *supra* nota 117; y Schömann et al *supra* nota 6.

¹²⁹ Stevis *supra* nota 5, p. 11, quien sostiene que “los orígenes de los AMG sugieren que las empresas de los países caracterizados por alguna forma de capitalismo negociado tienen más probabilidades de adoptar un AMG que las empresas de países con unas tradiciones más liberales y conflictivas. El hecho de que 57 de 70 AMG hayan sido alcanzados en Europa continental respalda esta hipótesis”.

Trabajo.¹³⁰ Tres de los factores principales identificados en este análisis fueron: la contribución a la actuación de la empresa y la satisfacción de los accionistas y clientes; la emergencia de un diálogo social internacional que contribuye al desarrollo y la aplicación de derechos sociales fundamentales, en particular aquéllos definidos por la OIT; y la definición o recuperación de estándares legalmente vinculantes y el desarrollo de procedimientos para garantizar su aplicación en las empresas.

4.2. Substancia o negotium de los Acuerdos Marco Globales

Los AMG varían enormemente en el tipo de obligaciones que imponen y el lenguaje que utilizan. Este es el caso incluso dentro de un mismo acuerdo cuando trata diferentes contenidos que requieren diferentes enfoques. No obstante, en general, se puede constatar que las obligaciones son más bien incondicionales cuando se tratan asuntos relacionados con derechos sociales fundamentales y condiciones de empleo y trabajo, mientras que devienen mucho más laxas e inconcretas cuando se refieren a temas de RSE o ética de los negocios.¹³¹

Cuando llegamos al tema de la precisión con la que se definen las obligaciones en los AMG encontramos disposiciones muy precisas así como también

¹³⁰ Schömann et al. *supra* nota 6, p. 39.

¹³¹ Ver por ejemplo *Ford of Europe agreement upon social rights and social responsibility principles* del 4 de diciembre de 2003, donde podemos encontrar diferencias en el lenguaje utilizado cuando se ocupa de representación de los trabajadores “*Ford Europe reconoce y respeta los derechos de sus trabajadores a la libre asociación y a negociar de forma colectiva. La empresa trabajará constructivamente con el Comité de Empresa para promover los intereses de nuestros trabajadores y apoyar la cooperación europea regional de los representantes de los trabajadores. El los lugares donde los trabajadores no estén representados por un cuerpo de representantes de los trabajadores, la empresa ofrecerá oportunidades para recoger las preocupaciones de los empleados. Información y consulta puntuales son un prerrequisito para una comunicación satisfactoria entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La información será proporcionada con suficiente antelación para permitir a los representantes prepararse adecuadamente para la consulta. La negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo es la expresión de la libertad de asociación en el lugar de trabajo y de la responsabilidad de negociar de buena fe para construir relaciones productivas y de confianza en el lugar de trabajo. Incluso cuando aparecen desacuerdos, todas las partes estarán vinculadas por las disposiciones colectivas y legislativas del grupo y se buscará alcanzar soluciones adecuadas*”. Y cuando se ocupa de la protección medioambiental: “*Ford Europe respetará el entorno medioambiental y ayudará a su preservación para generaciones futuras trabajando para conseguir soluciones medioambientales efectivas y factibles y evitando el despilfarrar. La empresa trabajará para reducir progresivamente los impactos ambientales de sus actividades en línea con el compromiso adquirido de contribuir al desarrollo sostenible. La empresa analizará, estudiará y gestionará responsablemente el uso de recursos, especialmente el uso de materiales peligrosos y el uso de recursos no renovables. Ford Europa persigue asegurar la coherencia entre sus objetivos sociales, económicos y medioambientales*”. Acuerdo sobre Derechos Sociales y principios de Responsabilidad Social entre Ford Europa y el Comité de Empresa de Ford Europa. Disponible en internet la base de datos de ETUI-REHS EWC cuya dirección es: http://www.ewcdb.eu/show_company.php?grpc_ID=275 (última visita: 9 marzo 2011).

encontramos ejemplos de otras que son mucho más vagas. Un ejemplo de disposición precisa es la definición de “grupo” en los AMG de PSA:

Este Acuerdo Marco Global se aplica directamente a la totalidad de la división de automoción, investigación y desarrollo, fabricación, ventas y servicios auxiliares así como a las divisiones de finanzas, transportes y logística para las subsidiarias presentes y futuras sobre las cuáles la empresa tiene una influencia dominante, bien sea a través del control de la propiedad o, cuando la propiedad es menor del 50%, a través de la responsabilidad de la empresa para dirigir los aspectos sociales en las subsidiarias involucradas.

Un ejemplo de una disposición vagamente definida la encontramos en la previsión para la revisión del AMG de Nampak:

Para conseguir los objetivos plasmados en este documento, Nampak y UNI se comprometerán a un diálogo dinámico y se reunirán regularmente, con el propósito de compartir información relevante sobre los negocios y estrategias de Nampak.

También podemos observar grandes diferencias en el lenguaje utilizado entre las diferentes partes de los acuerdos. Sin embargo, en general se puede concluir que, en comparación con otros instrumentos utilizados para regular los asuntos sociales en el nivel transnacional, tales como los códigos de conducta de la RSE, los AMG parecen tener una calidad normativa superior, precisamente porque algunos de ellos incluyen disposiciones que crean obligaciones incondicionales que aparecen formuladas con gran claridad y usan una innegable retórica legal. En los AMG podemos encontrar frecuentemente expresiones como “deber”, “acuerdo” u “obligación” con un claro contenido legal. Aunque no podemos ocultar que términos como “será”, “debería”, “previsiones”, etc, que conforman una retórica alejada de lo legal también están presentes, precisamente para evitar la vinculatoriedad legal. En sí mismo esto no es sorprendente, además el primer tipo de lenguaje suele corresponderse con asuntos de derechos sociales fundamentales y condiciones de empleo y trabajo, mientras que en el segundo caso, nos encontramos ante asuntos de RSE o ética de los negocios.

4.3. Estructuras para asegurar el cumplimiento de los acuerdos marco globales

Con respecto a las estructuras para asegurar la aplicación y el cumplimiento de los AMG, podemos señalar que casi todos los AMG incluyen mecanismos bien elaborados para este fin y diseñan cuerpos para la solución de conflictos (primer elemento para asegurar el cumplimiento). Muchos AMG prevén el establecimiento de comités compuestos por representantes de trabajadores y empresarios para la solución de conflictos. Para asegurar un control en este sentido,

la mayoría de los AMG establecen que estos comités se reúnan al menos una o dos veces al año.¹³² Junto a la posibilidad para los empleados de expresar sus quejas frente a la violación de los derechos creados en el acuerdo,¹³³ los AMG incluyen incentivos que estimulan a los trabajadores a informar de violaciones de los acuerdos a sus representantes a nivel local, nacional y transnacional.¹³⁴

Con mayor intensidad que los códigos de conducta, los AMG diseñan elaborados mecanismos de control (segundo elemento para asegurar el cumplimiento). Al contrario que en los códigos de conducta, estos procedimientos no están basados en estructuras externas, como auditorías, confiando por el contrario en la negociación y la discusión interna en el marco del diálogo social.¹³⁵ De tal manera que se observa que casi todos los AMG establecen procedimientos de control sistemáticos, bien sea a cargo de un comité especial designado por las partes firmantes, que pueden ser utilizados igualmente para la resolución de conflictos,¹³⁶ o por los Comités de Empresa Europeos cuando se encuentran involucrados en el concreto AMG.¹³⁷ Algo específico de los AMG con el objetivo de controlar el cumplimiento, son las estrategias proactivas dirigidas a crear una cultura de gestión que respete y cumpla con los contenidos de los AMG¹³⁸ y los disemine entre los empleados de toda la organización.¹³⁹

Una característica atípica para el *soft law* en general es el hecho de que la mayoría de los AMG incluyen previsiones que diseñan sanciones para asegurar el cumplimiento de los acuerdos por parte de los proveedores y subcontratistas.¹⁴⁰ En este sentido, los AMG van un paso más lejos que los códigos de conducta, ya que no sólo regulan aspectos sociales, sino que también obligan al cumplimiento de estas regulaciones a lo largo de toda la cadena de producción. Otra forma de control del cumplimiento característica de los AMG es la posibilidad de renegociar ciertas disposiciones.¹⁴¹

¹³² Schömann et al *supra* nota 6, p. 68-69.

¹³³ Sobczak *supra* nota 119, p. 124.

¹³⁴ “Normalmente los AMG animan a los trabajadores a contactar con sus representantes locales si descubren alguna violación del acuerdo. Si el problema no puede ser resuelto a este nivel, el trabajador o sus representantes se pueden poner en contacto con el sindicato nacional, que discutirá el problema en la sede nacional de la empresa. Si el problema no puede ser resuelto todavía a ese nivel, las partes firmantes del AMG tratarán de dar solución al conflicto”. Véase: Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo ‘Codes of Conduct and international framework agreements: New forms of governance at company level’, 2008, p.70.

¹³⁵ Schömann et al *supra* nota 6, p. 63.

¹³⁶ Sobczak *supra* nota 119, p. 125. A veces la supervisión es confiada a los Comités de Empresa. Ver Schömann et al *supra* nota 6, p. 63.

¹³⁷ Schömann et al *supra* nota 6, p. 63.

¹³⁸ *Ibid* p. 70.

¹³⁹ Sobczak *supra* nota 119, p. 124.

¹⁴⁰ Schömann et al *supra* nota 6, p. 69.

¹⁴¹ *Ibid* p. 63. Ver también el segundo ejemplo en el punto 4.2.

Aunque los AMG son generalmente concebidos como legalmente no vinculantes, pueden sin embargo generar regulaciones posteriores (tercer elemento de la estructura). Los grandes principios, tales como los estándares laborales de la OIT, recogidos en los AMG, son posteriormente desarrollados en procesos negociadores en los niveles local o nacional.¹⁴² En este sentido, los AMG pueden ser transpuestos en el orden nacional dándoles el mismo estatuto legal que a los convenios colectivos nacionales cuando un sindicato nacional firma el AMG.¹⁴³

Al igual que los códigos de conducta, debemos señalar que los AMG pueden generar múltiples influencias que indirectamente den lugar a efectos en lo legal. El primero de estos efectos es que los AMG tienen un impacto en los estándares de trabajo de la OIT, dado que reafirman y en ocasiones dan a conocer estos derechos y obligaciones.¹⁴⁴ En segundo lugar, tal y como es destacado por algunos autores, los AMG pueden tener un impacto en las relaciones laborales y el diálogo social en los niveles local y nacional.¹⁴⁵ Además, los AMG pueden tener todos los efectos que ya hemos visto para los códigos de conducta. Por lo tanto, los AMG pueden influenciar la cultura empresarial bien a través de cambios formales algunos de los objetivos y principios empresariales o reforzando enfoques que aporten otros puntos de vista.¹⁴⁶

5. CONCLUSIONES

Con la internacionalización de las empresas temas regulados tradicionalmente por el derecho laboral, como las condiciones de trabajo, han superado las fronteras nacionales y se han convertido en objeto del ámbito legal transnacional. Sin embargo, debido al fracaso de los actores públicos para adoptar reglas legalmente vinculantes que gobiernen estos asuntos laborales, actores privados, tales como las empresas multinacionales y las federaciones sindicales globales han tomado la iniciativa e introducido nuevas formas de regular los asuntos laborales en el nivel transnacional. Dos de estas formas, los códigos de conducta como parte de las estrategias de RSE de las multinacionales y los AMG alcanzados entre las multinacionales y las federaciones sindicales globales, frecuentemente acompañadas por los Comités de Empresa Europeos, han sido analizados en este trabajo. Este análisis tiene como objetivo entender los puntos fuertes y debilidades de la estructura de estos instrumentos desde un punto de vista legal. Para su realización hemos introducido un modelo for-

¹⁴² Sobczak *supra* nota 119, p.121.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Schömann et al *supra* nota 6, p. 73.

¹⁴⁵ *Ibid* p. 77.

¹⁴⁶ *Ibid.*

mado por tres dimensiones de legalidad y posteriormente dividido en varios elementos que representan una gradación legal que se mueve desde el derecho fuerte o tradicional hasta diferentes formas de *soft law* o que quedan fuera de la legalidad.

El modelo analítico presenta dos limitaciones. En primer lugar, está basado en concepciones “tradicionales” de la ley, por ejemplo, normas adoptadas por los actores públicos, mientras que el análisis se aplica a formas de autorregulación llevadas a cabo por actores no gubernamentales. Para solventar esta limitación, el análisis no interpreta de manera estricta los elementos del modelo, sino que se practica un enfoque más flexible. Otra limitación de nuestro análisis es la falta de una investigación empírica requerida para un análisis más exhaustivo y sistemático. Nosotros hemos optado por apoyarnos en los trabajos de otros autores, en particular en el análisis de los códigos de conducta completados con incursiones en los instrumentos cuando no había literatura disponible.

Con respecto a las tres dimensiones de legalidad propuestas, creemos que desde una perspectiva estricta de derecho público ambos instrumentos son adoptados fuera del marco legal, porque sólo los actores públicos tienen capacidad para adoptar legítimamente normas que sean legalmente vinculantes para terceras partes, como es el caso de los códigos de conducta y los AMG frente a trabajadores, subcontratistas y proveedores. Sin embargo, cuando se aplica un enfoque más abierto, podemos encontrar argumentos para considerar que los actores involucrados tienen al menos competencia material para adoptar estos instrumentos. En primer lugar, existe un vacío de regulación. En el caso de los códigos de conducta y los AMG este espacio es ocupado por las multinacionales y las federaciones sindicales globales. Visto desde un principio de subsidiariedad, las multinacionales y las federaciones son los actores más cercanos a los problemas laborales transnacionales y por lo tanto podría argumentarse que son competentes para (auto)regular estos aspectos. En segundo lugar, en el nivel nacional es generalmente aceptado que ambos lados de la industria concluyan acuerdos sobre temas laborales, estando los actores incluso organizados a nivel regional, como en la Unión Europea bajo los procesos de diálogo social o en el nivel internacional con la OIT. Cuando este principio es llevado un paso adelante parece casi obvio que ambos lados de la industria se encuentren en el nivel transnacional para concluir acuerdos sobre aspectos laborales. Con respecto a los AMG podemos destacar que, en particular las federaciones sindicales globales tratan de reforzar su competencia involucrando a los Comités de empresa europeos y los sindicatos nacionales en la firma de los AMG.

Con respecto a la calidad normativa del contenido o substancia de estos instrumentos tenemos que hacer una distinción entre los mismos. En general,

los códigos de conducta tienden a incluir estándares de trabajo autodefinidos que se corresponden con situaciones no conflictivas. Por lo tanto, no sorprende que los mismos hayan sido recogidos en directrices que expresan como las empresas deberían actuar y no como van a actuar. Es más, normalmente se caracterizan por el uso de un lenguaje vago, funcional a la empresa, y utilizado frecuentemente como herramienta de márketing que ofrece soluciones retóricas frente a contenidos substantivos. En consecuencia, los códigos de conducta apenas son algo más que declaraciones de intenciones, lo que, en los términos de nuestro análisis, debilita considerablemente su calidad normativa. Los AMG nos ofrecen una impresión difusa en cuanto a su contenido, que varía desde vagas recomendaciones y directrices que evitan la retórica legal hasta derechos incondicionales enunciados de manera precisa y obligaciones que no tratan de escapar de la apariencia legal. Este último tipo de disposiciones son utilizadas especialmente para la formulación de estándares y condiciones de trabajo. Nuestra conclusión es por lo tanto que el contenido de los AMG es sustancialmente más fuerte que el de los códigos de conducta.

Aunque la paradoja de la autorregulación es que los actores involucrados solo pueden ser responsables hasta el punto en que ellos mismos quieren vincularse, la parte más interesante de ambos instrumentos son las estructuras que han creado para asegurar el cumplimiento de los mismos. El análisis muestra que ambos instrumentos han organizado algún tipo de “responsabilidad en cadena”. Por ejemplo utilizando el control contractual privado, lo que significa que el cumplimiento con el instrumento de la empresa matriz puede ser impuesto y articulado como un requerimiento o cláusula contractual en los contratos con los subcontratistas y proveedores. El análisis muestra también que no es infrecuente en este tipo de control utilizar sanciones tan graves como la terminación del contrato entre la empresa matriz y el subcontratista o proveedor. Esto es destacable porque una de las principales características del *soft law* en general es que la obligación de cumplimiento nunca está reforzada por revisión judicial o sanciones. Desde un punto de vista pragmático la sanción consistente en la terminación del contrato puede ser un mecanismo más fuerte en la práctica que la revisión judicial, dado que supone un fortísimo incentivo económico para el cumplimiento de las normas.

Además, cuando adoptamos otra vez un enfoque amplio y abierto desde el modelo analítico, descubrimos la importante capacidad de ambos instrumentos para generar efecto normativo, una capacidad que hemos explicado a través de los efectos que generan en el ordenamiento. Hemos visto distintas maneras en las que pueden generarse estos efectos. Éstas varían desde los tradicionales efectos del *soft law*, como el papel interpretativo en la revisión judicial y la apertura de caminos para la adopción de normas tradicionales en los niveles internacional y nacional, hasta desarrollos más innovadores como regulación

suplementaria sobre autorregulación que abra el camino a la industria para desarrollar sus propios regímenes reguladores y la incorporación de obligaciones para los trabajadores en los contratos de trabajo.

Cuando tomamos lo anterior en consideración, nuestra conclusión es que, si nos basamos en un análisis estricto mediante la aplicación del modelo analítico propuesto, ambos instrumentos, los códigos de conducta y los AMG son muy débiles: son elaborados fuera del marco legal dado que los actores involucrados carecen de competencia formal; la calidad normativa de los mismos varía desde muy vaga hasta precisa; y la estructura para asegurar el cumplimiento aparece limitada, sobre todo en los códigos de conducta a estructuras internas de solución de conflictos y contro de la actuación general. Sin embargo, cuando adoptamos un enfoque más amplio y abierto en nuestro análisis, ambos instrumentos parecen ser mucho más fuertes hacia el exterior de lo que su estructura formal sugiere: los actores involucrados tienen una competencia inherente para tratar de los asuntos laborales; aunque el contenido normativo es vago, nos da las pautas de como los actores a los que se les aplica deberían actuar; como resultado de las expectativas en los comportamientos creadas por los contenidos, estos instrumentos son capaces de generar efectos que pueden tener consecuencias importantes, como la resolución contractual.

Por lo tanto, nuestra conclusión fundamental es que, aunque la estructura formal de estos instrumentos es débil o dúctil, su efecto normativo hacia el exterior puede ser fuerte.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA FRENTE A LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN EL TRABAJO: ESTUDIO COMPARADO

MANUEL CORREA CARRASCO

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Riesgos psicosociales, protección jurídica, Derecho Comparado

La influencia del entorno de trabajo sobre la salud psíquica provoca una serie de patologías como estrés, ansiedad o depresión que suponen en la actualidad una de las principales causas de incapacidad laboral y, según la opinión de organismos internacionales especializados, como la OIT o la OMS, se prevé que esta tendencia se intensifique en un futuro próximo. No en vano, su consideración como uno de los principales riesgos laborales emergentes está estrechamente vinculada a los cambios que se han producido en el mundo del trabajo, tanto en lo que se refiere a su gestión y organización (precariedad en el empleo, falta de control sobre la actividad, impacto de las nuevas tecnologías) en una economía globalizada, como en lo relativo al propio contenido de la prestación laboral y a su interacción con factores de índole personal. Un análisis comparado pone de manifiesto que el grado de juridificación de fenómenos de esta naturaleza es variable, aunque se aprecia un interés creciente en distintas instancias supranacionales.

ABSTRACT

Key Words: Psychosocial risks, judicial protection, Comparative Law

The working environment plays an important role on the psyche-health of workers and it may lead to stress, anxiety or depression; these causes are, nowadays, one of the most prominent symptoms that produce people incapacity to work. And according to the ILO, or the WHO this tendency will even increase in the future. Merely, it is considered one of the most emergent labour risks completely linked to the changes occurred in the workplace in the past decades. The changes are not only about its organisation (low quality employments, lack of control over certain activities, ITCs impact, etc) and a global economy of course, but it's related to the labour relation and personal lives. A comparative perspective analysis tells that the judicial phenomenon of such nature is variable, and shall be considered from a supranational view point.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES Y SU PROGRESIVA JURIDIFICACIÓN
 - 2.1. Las iniciativas adoptadas en el marco internacional, comunitario y comparado
 - 2.2. Los instrumentos de regulación frente a la violencia en el trabajo
3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES OBJETO DE REGULACIÓN ESPECÍFICA
 - 3.1. El acoso moral en el trabajo
 - 3.1.1. El concepto de acoso moral en el trabajo
 - 3.1.2. La prevención del acoso moral en el trabajo
 - 3.1.3. Las responsabilidades derivadas del acoso moral en el trabajo
 - 3.1.4. La reparación de los daños derivados del acoso moral en el trabajo
 - 3.2. El acoso sexual en el trabajo
 - 3.2.1. Concepto y bienes jurídicos protegidos
 - 3.2.2. La protección frente al acoso sexual
 - 3.3. El acoso discriminatorio
 - 3.4. El estrés profesional
4. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La influencia del entorno de trabajo sobre la salud psíquica provoca una serie de patologías como estrés, ansiedad o depresión que suponen en la actualidad una de las principales causas de incapacidad laboral. En opinión de organismos internacionales especializados, como la OIT o la OMS, se prevé además que esta tendencia se intensifique en un futuro próximo¹, alcanzando niveles desconocidos hasta la fecha. En efecto, aunque se trate de riesgos que, en mayor o menor grado, siempre han existido, su incidencia real no ha tenido un reflejo en las estadísticas oficiales ni, consecuentemente, han sido considerados como una prioridad en la acción preventiva desarrollada por los agentes sociales o los poderes públicos. Hoy día, sin embargo, este tipo de patologías se perciben como uno de los principales riesgos laborales emergentes, al estar vinculados en buena medida, a los cambios que se han venido producido en el mundo del trabajo, tanto en lo que se refiere a los aspectos ligados a la gestión y organización de los recursos humanos (precariedad en el empleo, falta de control sobre la actividad, impacto de las nuevas tecnologías) en el contexto de una economía cada vez más globalizada, como en lo relativo al propio contenido de la prestación laboral y su interacción con factores de índole personal.

¹ Este hecho ya fue advertido en su día en el Informe del Comité Mixto OIT/OMS sobre *Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención de 1984*. Más recientemente y, entre otros, el Informe de la OIT *La salud mental en el trabajo*, Ginebra, 2000, donde se estima en torno a un 10% la población trabajadora afectada por patologías mentales.

Su progresiva relevancia jurídica debe, por tanto, a las importantes repercusiones de estos riesgos sobre la salud mental de la población trabajadora, pero también a los costes que, consecuentemente generan para los sistemas públicos de protección social y para las propias empresas, que ven sensiblemente mermados sus niveles de productividad.

El grado de concienciación social existente en la actualidad en torno a la incidencia sobre la salud de los trabajadores de patologías de naturaleza psicosocial, siendo importante, no ha encontrado hasta la fecha, sin embargo, una proyección adecuada en el plano jurídico-normativo. En este sentido, puede afirmarse que estamos aún lejos de contar con un tratamiento conjunto e integral de los riesgos psicosociales. Antes al contrario, nos encontramos con incipientes mecanismos de protección que se caracterizan por propiciar una tutela fragmentaria y desigual ante este tipo de fenómenos, centrada únicamente en determinados riesgos (acoso moral y sexual, principalmente), y concretada en regulaciones incompletas y asistemáticas.

De este modo, fenómenos de tanta trascendencia social como el acoso moral en el trabajo u otros de similar naturaleza han venido poniendo en cuestión la idoneidad de un marco de protección jurídica que, tradicionalmente, ha sido diseñado para afrontar la prevención y reparación de daños estrictamente derivados de riesgos físicos. Una muestra significativa de las deficiencias existentes al respecto la encontramos en el sistema de protección social, donde el tratamiento de este tipo de patologías en el contexto de las contingencias profesionales dista mucho de ser coherente con las exigencias específicas planteadas por las mismas. Por su parte, tampoco en el plano preventivo, a pesar de la amplitud con la que se configuran conceptualmente los riesgos laborales (lo que daría lugar a entender comprendidos en ellos a los de naturaleza psicosocial), podría decirse, sin embargo, que ello haya fructificado en el desarrollo en la práctica acciones preventivas específicas, debido quizá a la falta de explicitud legal al respecto.

Con todo, y a pesar de que, el grado de juridificación de fenómenos de esta naturaleza es variable, se aprecia un interés creciente en distintas instancias supranacionales que, finalmente, ha encontrado cierto eco en determinados ordenamientos, especialmente, en ámbitos geográficos como el europeo o el latinoamericano. Sería conveniente, por tanto, realizar un repaso al modo en el que se han llevado a cabo tales experiencias pues, en última instancia, serán los referentes a tener en cuenta para acometer adecuadamente una futura regulación de la materia en nuestro país.

2. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES LABORALES Y SU PROGRESIVA JURIDIFICACIÓN

2.1. Las iniciativas adoptadas en el marco internacional, comunitario y comparado

En un contexto de creciente interés en torno a la problemática relativa a la violencia en el trabajo, los riesgos psicosociales y, principalmente, el *mobbing* o acoso moral en el trabajo ha sido, sin duda, uno de los focos de atracción preferente en el ámbito de las relaciones laborales, fruto de su indudable trascendencia social como se refleja en el importante eco mediático suscitado al respecto. No en vano, estamos ante conductas que suponen un ataque frontal a las más básicas reglas de convivencia humana, donde se ponen en cuestión bienes tan relevantes como la dignidad y la preservación de la integridad física, psíquica y moral del individuo y donde, por otra parte, se proyecta sobre la víctima y todo su entorno laboral un intolerable modo de concebir las relaciones en la empresa, carente de toda ética y desconocedor de la consideración debida al trabajador como persona. Las diferentes manifestaciones de violencia laboral provocan consecuencias demoledoras para la salud psíquica de los trabajadores. Por ello, desde instancias internacionales especializadas, como la OIT, se han adoptado iniciativas tendentes a promover la existencia de mecanismos preventivos y de tutela para hacer frente a esta problemática. En esta línea, a aún con un alcance aplicativo limitado, merece reseñarse el Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT sobre violencia en el trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla², donde se incluyen medidas específicas para combatir este tipo de conductas. A pesar de se trata de un documento sin fuerza jurídica, se configura como un válido referente para el legislador nacional a la hora de afrontar una eventual ordenación de la materia. Entre las medidas concretas que promueve destacan las relativas a la identificación y delimitación del fenómeno, la evaluación del mismo como riesgo laboral y la necesaria adopción de medidas preventivas y asistenciales.

Asimismo, claramente favorable a esta intervención se manifiestan diversas iniciativas planteadas a nivel comunitario. Entre ellas, destaca la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo³ que, partiendo de la incipiente regulación de la materia en algunos de los Estados miembros, insta a una generalización de la intervención normativa en toda la

² Adoptado en el marco de la *Reunión de expertos para elaborar un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia y el estrés en el trabajo en el sector de los servicios: una amenaza para la productividad y el trabajo decente*, celebrada en Ginebra con fecha 8-15/10/2003.

³ Adoptada con fecha 20/09/2001 (2001/2339(INI)).

UE, incluso a través de la utilización de sus propios instrumentos normativos (v. p. nº 13). En la misma línea se pronuncia el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo sobre Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo, publicado en febrero de 2003, tras constatar que el acoso moral constituye el fenómeno de violencia más extendido en el mundo del trabajo. De hecho un estudio cuantitativo realizado por ese mismo organismo en el año 2000, contenido en la Tercera Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo establece una tasa de incidencia media del 8% en el conjunto de la población laboral de la UE.

En este sentido, partiendo de los resultados obtenidos en la estrategia comunitaria anterior (desarrollada durante el período 2002-2006)⁴, donde se hacía referencia a la necesidad de “promover un verdadero bienestar en el trabajo –físico, moral y social-, que no se mida únicamente por la ausencia de accidentes o enfermedades profesionales”, la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)⁵ afronta con mayor decisión la problemática de la promoción de la salud mental en el trabajo (ap. 7.2) y, consecuentemente, incluye la identificación y estudio de los riesgos psicosociales como una de las líneas de investigación prioritarias en el marco de la UE (ap. 7.1).

No puede decirse, sin embargo, que hasta la fecha la intervención normativa de las instancias comunitarias al respecto haya respondido adecuadamente a las exigencias planteadas por esta problemática. En efecto, lejos de afrontar la construcción de un marco normativo que abarcara el fenómeno en toda su dimensión, dicha intervención ha quedado limitada a la regulación del llamado “acoso discriminatorio”, lo que supone, sin duda, un tratamiento tangencial del mismo, pues sólo tiene en cuenta su incidencia desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación, dejando al margen los supuestos, más frecuentes, donde no se aprecie una vulneración del mismo. Ello se explica por el hecho de que el referido tratamiento no afronta directamente la problemática del acoso como tal, sino que se efectúa en el contexto de las recientes directivas sobre igualdad. Nos referimos, concretamente, a la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa a un Marco General para la igualdad de trato en el empleo; y la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que

⁴ V. *Informe sobre la evaluación de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006* (SEC(2007) 214).

⁵ Comunicación de 21/02/07 (COM(2007) 62 final), de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, dirigida a *mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo* (2007-2012).

modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Por su parte, en el ámbito del Derecho Comparado se observa, en general, una creciente sensibilidad sobre la necesidad de intervenir normativamente en la ordenación de esta materia. Así, a nivel europeo, al margen de los países que ya cuentan con una regulación al respecto, como Suecia⁶, Noruega⁷, Finlandia⁸, Reino Unido⁹, Francia¹⁰ o Bélgica¹¹, nos encontramos con otros, como Italia¹², donde van surgiendo algunas iniciativas legislativas de interés. Finalmente, hay países, como España, en los que el tratamiento normativo específico no resulta satisfactorio, pues queda circunscrito al acoso discriminatorio, de modo que la protección frente a este tipo de riesgos depende del modo en el que se proceda, en cada caso, a su integración en el marco general existente¹³.

Particularmente interesantes resultan, asimismo, los ensayos de regulación jurídica llevados a cabo en Latinoamérica, donde, de forma paulatina, se va tomando conciencia de la necesidad de proteger a los trabajadores frente a fenómenos de esta índole. Especial atención merece, por su carácter integral, el caso de Colombia, donde mediante la legislación recientemente aprobada¹⁴ se trata de incidir sobre las distintas esferas en las que se proyecta el fenómeno del acoso moral, especialmente, la preventiva y la sancionadora. En el mismo sentido, es destacable la experiencia venezolana, concretada en la Ley de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo¹⁵. En ella, partiendo de un concepto omnicompresivo de los riesgos laborales, se apuesta claramente por incluir, además de los físicos, a los de naturaleza psicosocial, imponiendo la correspondiente obligación a trabajadores y empresarios de adoptar medidas para prevenir y evitar prácticas como el acoso moral en el trabajo. De forma

⁶ Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21 de septiembre de 1993.

⁷ V. *The Working Environment Act*, modificada por ley de 17 de junio de 2005.

⁸ V., en este sentido, la reforma de la *Occupational Safety and Health (OSH Act)*, en vigor desde el 1 de enero de 2002.

⁹ Ley de 21 de marzo de 1997, de Protección frente al Acoso (*Protection from Harrasment Act*), que establece sanciones penales; junto a ella, también constituyen referentes en la materia, la *Dignity at Work Act* y, en general, la *The Management of Health and Safety at Work Regulations* de 1999.

¹⁰ Ley 2002-73 de 17 de enero de 2002, de Modernización Social, Cap. IV.

¹¹ Ley de 4 de agosto de 1996, relativa al *bienestar de los trabajadores con ocasión de la ejecución de su trabajo*, completada y desarrollada por el Decreto de 12 de junio de 2002, relativo a la *protección contra la violencia, el acoso moral y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo*, modificada, a su vez, por Decreto de 16 de junio de 2007.

¹² Ley de la Región del Lazio de 14 de marzo de 2001 y varios proyectos de ley a nivel nacional.

¹³ Que, en nuestro caso, se sustentaría sobre la base de los arts. 4, 15.1 d) y g) de la LPRL.

¹⁴ Ley nº 1010 de 2006.

¹⁵ Ley Orgánica nº 38.236, actualizada y publicada el 26 de julio de 2005.

complementaria, las lesiones psíquicas causadas por este tipo de patologías van a tener la consideración de accidentes de trabajo, siempre y cuando quede acreditada su etiología laboral. En cualquier caso, al encuadrarse la protección frente al acoso en el ámbito de las obligaciones preventivas a cargo de la empresa, no sería necesaria la producción del daño para constatar la existencia de un incumplimiento de las mismas, bastando con la mera exposición de los trabajadores a cualquiera de los factores de riesgo de esta naturaleza.

Este proceso de juridificación no está exento de dificultades, como lo demuestra la experiencia argentina, en donde tras un largo debate acaba de fructificar una regulación general al respecto, la Ley de Violencia Laboral¹⁶. En contraste con ello, sin embargo, habían logrado aprobarse con anterioridad regulaciones específicas en el ámbito provincial, tales como la Ley sobre Violencia Laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁷, la Ley de la Provincia de Buenos Aires¹⁸, la Ley de la Provincia de Misiones¹⁹, la Ley de Provincia de Tucumán²⁰ o la Ley de la Provincia de Santa Fe²¹. El alcance limitado de estas leyes (que en ocasiones se dirigen a ámbitos específicos como el empleo público) no obsta para que sea destacado el grado de perfeccionamiento técnico de sus respectivos contenidos.

Algo similar ha ocurrido en Brasil, donde se constata la existencia de algunas iniciativas de interés, pero de alcance limitado, como la Ley del Estado de Sao Paulo²², la Ley del Estado de Río de Janeiro²³, o la Ley de Río Grande de Sul²⁴. Ello no suple, sin embargo, el inconveniente derivado de la ausencia de una norma federal en esta materia debido a la no aprobación de los proyectos presentados hasta la fecha. Por último, hay un grupo de países, como Chile, México, Puerto Rico o Uruguay, donde se perciben ensayos de regulación de cierto interés. En este último país, sin embargo, el Proyecto de Ley sobre Faltas Laborales Graves de 12 de abril de 2000, a pesar de su propósito de buscar fórmulas con las que atajar este tipo de fenómenos, en la medida en que tipifica como falta grave la violencia moral en el trabajo, su incidencia, sin embargo, queda limitada al plano sancionador. Por otra parte, entre los diferentes riesgos psicosociales susceptibles de ordenación, en este país sólo ha sido objeto de

¹⁶ Ley n° 12.434 (2005).

¹⁷ Ley n° 1.225, de 5 de enero de 2004.

¹⁸ Ley n° 13.168

¹⁹ Ley n° 4.148, de 9 de diciembre de 2004.

²⁰ Ley n° 7.232 (2002)

²¹ Ley n° 12.434, de 7 de julio de 2005.

²² Ley n° 13.288, de 10 de enero 2002, sobre la aplicación de penas por acoso moral en las dependencias de la Administración Pública, y, más recientemente, la Ley Contra el Asedio Moral de 2007.

²³ Ley n° 3921, de 23 de agosto de 2002, contra el acoso moral en el trabajo.

²⁴ Ley n° 12.561 de 2006.

regulación específica hasta la fecha el acoso sexual²⁵.

Finalmente, hay que hacer mención a otras experiencias en las que la protección frente a los riesgos psicosociales ha tenido distinto alcance, como la australiana, donde tras realizar diversos estudios gubernamentales en la materia²⁶, se ha completado la normativa preventiva general²⁷, mediante la actividad normativa desarrollada en algunos estados²⁸ dirigida a incluir a aquéllos en su ámbito de protección; la de Nueva Zelanda, donde la legislación general²⁹ ha sido reformada a tales efectos³⁰; o, finalmente, la de Quebec (Canadá), donde se ha realizado una completa regulación de los aspectos preventivos y paliativos ligados a esta problemática³¹.

2.2. Los instrumentos de regulación normativa

Aparte de los instrumentos de naturaleza heterónoma, es decir, de las distintas manifestaciones normativas del poder estatal que han regulado en menor o mayor medida los aspectos vinculados a determinados riesgos psicosociales, nos encontramos con otros, de carácter autónomo, que coadyuvan de forma notable en el proceso de juridificación de los mecanismos de tutela frente a estos fenómenos. De este modo, y teniendo en última instancia como referentes comunes a las normas y estándares supranacionales en materia de Seguridad y Salud Laboral y de igualdad de trato y prohibición de discriminación, nos encontramos con experiencias concretas donde el protagonismo regulador ha sido asumido, bien por la negociación colectiva, bien por las propias empresas a través de los distintos instrumentos vinculados a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC). Indudablemente, se trata de iniciativas de enorme interés, no sólo porque permiten adaptar los mecanismos de protección a las particularidades de cada empresa o sector de actividad, sino porque propicia la toma de conciencia de los agentes sociales y de las propias empresas respecto a la necesidad de afrontar la problemática generada por los riesgos psicosociales, implicándose directamente en la búsqueda de soluciones al respecto.

En este sentido, como ejemplos cualificados de las iniciativas adoptadas en el ámbito del diálogo social europeo, destacan, por un lado, el Acuerdo Comunitario sobre Estrés Laboral de 8 de octubre de 2004³², y por otro, el Acuerdo

²⁵ V. Ley 18.561, de 18 de agosto de 2009, sobre *Acoso Sexual. Normas para su prevención y sanción en el ámbito laboral y en las relaciones docente-alumno*.

²⁶ Como el informe “Mental Health and Work” de 2002.

²⁷ Es decir, la *Workplace Health & Safety Act* de 1995.

²⁸ Por ejemplo, en Victoria, con la *Occupational Safety and Health Act* de 2004, o en South Australia, mediante una ley de 15 de agosto de 2005.

²⁹ Ley de Empleo, Salud y Seguridad (*HSE Act*) de 1992.

³⁰ Mediante una nueva legislación aprobada en el año 2002.

³¹ V. la *Workplace Psychological Prevention Act* de 2004.

³² Publicado como anexo al AINC de 2005 (BOE de 16/03/2005).

sobre el Acoso y Violencia en el Trabajo de 26 de abril de 2007³³. Asimismo, hay que señalar en esta línea que la transposición a los respectivos ordenamientos nacionales de estos acuerdos se ha llevado a efecto, en la mayoría de los casos, mediante instrumentos colectivos, principalmente, acuerdos interprofesionales negociados al más alto nivel³⁴ y con vocación de extender sus efectos de manera generalizada en todos los ámbitos de negociación. De este modo, en las diferentes experiencias comparadas de nuestro entorno, se aprecia un creciente interés al respecto por parte de los interlocutores sociales, lo que se plasma, tanto en la progresiva incorporación de esta materia al contenido de los convenios colectivos, como en la adopción de acuerdos específicos³⁵.

Por su parte, la potencialidad ordenadora de los instrumentos de RSC está fuera de toda duda³⁶, en la medida en que es la propia empresa la que asume el compromiso de adoptar medidas para afrontar esta problemática, y no sólo respecto de sus trabajadores, sino también de aquellos otros vinculados a las empresas con las que mantiene relaciones mercantiles, tales como subcontratistas, proveedores o fabricantes. De este modo, mediante los instrumentos más tradicionales, como los Códigos de Conductas³⁷, Códigos Éticos o Códigos de Buenas Prácticas³⁸, o los más novedosos, como los Acuerdos Marco Globales

³³ Publicado como anexo al AINC de 2007 (BOE de 14/01/2008). Un comentario sobre el mismo, en Cavas Martínez, “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS-11/2007, pp. 9 ss. Igualmente, un detenido análisis del mismo, en Molina Navarrete, *El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo: Claves para su aplicación práctica en el ANC*, Bomarzo, Albacete, 2008.

³⁴ En nuestro país, dicha transposición se ha llevado a efecto mediante los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva de 2005 y de 2008, respectivamente. Asimismo, en Italia el instrumento utilizado a tales efectos ha sido el “Accordo Interfederale per il recepimento dell’ Accordo Quadro Europeo sullo Stress Lavoro”, de 8 de octubre de 2004.

³⁵ De este modo, en la experiencia francesa, destacan significativos ejemplos, como el Acuerdo sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de marzo de 2010, o las referencias contenidas al respecto en el Acuerdo relativo a la salud en el trabajo de 26 de enero de 2010 y en el Acuerdo relativo a los trabajadores mayores de 4 de diciembre de 2009.

³⁶ En este sentido, v. el *Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa*, de 25/07/2001 (COM (2001) 366), especialmente, el apartado 2.1.2, referido a la dimensión interna de la RSC y dedicado específicamente a las medidas a adoptar en materia de salud y seguridad en el trabajo.

³⁷ Como referentes al respecto para las empresas, pueden citarse el “Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en los lugares de trabajo”, incluido como anexo en la Recomendación de la Comisión 92/131, de 27 de noviembre, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo.

³⁸ Sobre el tema, vid. Rodríguez Copé, M. L., “Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso”, en la obra Correa Carrasco, M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 121-154. Un exhaustivo estudio de este tipo de instrumentos desde la óptica comparada, en Zorzalejo Carbajo, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): Concepto y responsabilidad jurídica”, en la obra colectiva (Correa Carrasco/Valdés de la Vega Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada, 2007; págs. 1 ss., (esp. pp. 7-8).

o los Pactos Mundiales, se propicia la extensión de las medidas adoptadas en la materia, especialmente, en aquellos ámbitos territoriales caracterizados por la inexistencia o inoperancia de una regulación estatal o colectiva que pudiera garantizar la efectividad de unos estándares mínimos de protección.

3. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES OBJETO DE REGULACIÓN ESPECÍFICA

3.1. El acoso moral en el trabajo

El acoso moral en el trabajo constituye, sin duda, el fenómeno que mayor atención ha suscitado en la experiencia comparada, siendo en ocasiones el único riesgo psicosocial, junto con el acoso sexual, que ha merecido un tratamiento normativo específico (bien, mediante leyes especiales, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos ya reseñados de Bélgica, Reino Unido o Colombia, bien a través de reformas de la normativa general, como es el caso de Francia³⁹, Suecia⁴⁰, Irlanda⁴¹, Dinamarca⁴², Holanda⁴³, Noruega⁴⁴, Suiza⁴⁵, Finlandia⁴⁶, Australia⁴⁷ y Quebec⁴⁸ en Canadá), sin contar con el hecho de

³⁹ V. Ley 2002/73, de 17 de enero, de modernización social, esp. su Capítulo IV (“*Lutte contre le harcèlement moral au travail*”) modifica el Código de Trabajo (concretamente, en los arts. 122-49 a 122-53) e incluye un nuevo tipo delictivo en el Código Penal francés (art. 222-33-2), denominado “*Du harcèlement moral*”.

⁴⁰ Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21 de septiembre de 1993.

⁴¹ V. la Ley de Seguridad, Salud y Bienestar en el trabajo de 1989, la Ley de Relaciones Laborales de 1990 y la Ley de Igualdad en el empleo de 1998.

⁴² V. Ley de Medio Ambiente Laboral danesa, modificada en junio de 200 con el objeto de establecer la proscripción de conductas de acoso moral y sexual.

⁴³ Además de la normativa general (la Ley sobre Condiciones de Trabajo, reformada en 1999 e inspirada en la legislación sueca), destacan las Recomendaciones del Consejo Común del Trabajo Industrial de 1990 y 1999, relativas a la interposición de quejas por parte de los trabajadores y la elaboración de códigos de conducta empresariales.

⁴⁴ V. Ley de protección de los trabajadores y medio ambiente laboral de 1997, modificada por las leyes de 17 de junio de 2005 y de 23 de febrero de 2007.

⁴⁵ En cuyo ordenamiento jurídico resultan de aplicación los arts. 321 y 328 del Código de Trabajo, al menos, hasta que se apruebe definitivamente el proyecto de ley contra el mobbing, presentado el 5 de octubre de 2000 (*Loi contre le mobbing. Initiative parlementaire déposée par Josef Zisyadis [PdT] le 5 octobre 2000 au Conseil national*). En línea: <http://www.svmep.ch/mobbing4.html>

⁴⁶ V. la Ley sobre Seguridad y Salud en el Trabajo de 2002.

⁴⁷ V. Ley de Salud y Seguridad en el lugar de trabajo de 1995 (*Workplace Health & Safety Act 1995*), disponible en <http://www.whs.qld.gov.au>.

⁴⁸ V. La Ley de reforma de la normativa laboral de 2003, cuya entrada en vigor se ha hecho efectiva el 1 de junio de 2004 (disponible en <http://www.cnt.gouv.qc.ca/en-cas-de/hacelement-psychologique/index.html#c8471>).

que existen muchos países donde éste no se ha llevado a efecto o se ha hecho de modo parcial e incompleto (entre ellos, y de forma significativa, España e Italia⁴⁹). Con todo, no puede decirse que este interés se haya traducido siempre en una regulación satisfactoria desde la perspectiva de la efectividad de las medidas adoptadas para afrontar adecuadamente el problema. Antes al contrario, nos encontramos con regulaciones más o menos incisivas al respecto en función, principalmente, del carácter más o menos completo con el que se ha afrontado el tratamiento de las diferentes esferas de normatividad sobre las que se proyecta el fenómeno.

3.1.1. El concepto de acoso moral en el trabajo

En lo que se refiere a la definición o aprehensión jurídica del fenómeno (aspecto esencial para articular una correcta respuesta normativa), se aprecia una falta de homogeneidad que viene marcada por el bien jurídico protegido que, en cada caso, sirve de referente para el diseño de los respectivos mecanismos de tutela⁵⁰. A nivel comunitario, y a pesar del reconocimiento al más alto nivel de los derechos a la dignidad humana, a la integridad personal y a condiciones de trabajo justas y equitativas (arts. 1, 3 y 31 respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), el acoso moral en el trabajo no ha sido aún objeto de una regulación jurídica propiamente dicha, quizás, por entender que se trata de una responsabilidad que debe ser asumida por cada uno de los ordenamientos nacionales. En este sentido, apostando por esta intervención se manifiestan diversas iniciativas planteadas a nivel comunitario. Entre ellas, destaca la *Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo* de 20/09/01 que, partiendo de la incipiente regulación de la materia en algunos de los Estados miembros, insta a una generalización de la intervención normativa en toda la UE, incluso a través de la utilización de sus propios instrumentos normativos (v. p. n° 13). No establece, sin embargo, una noción de acoso moral en el trabajo que pudiera servir de referente en ese proceso de ordenación jurídica que alienta, remitiendo a los Estados la labor de perfilar un

⁴⁹ En la experiencia italiana, la ausencia de una regulación a nivel nacional (a pesar de las innumerables propuestas presentadas) ha sido suplida parcialmente, y no sin dificultad (v. Sentencia de la Corte Costituzionale n° 359 de 19/12/03), en el ámbito regional (v., entre otras, la *Legge regionale di Lazio di 11 luglio 2002, n. 16. Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del "mobbing" nei luoghi di lavoro*; y la *Legge regionale di Umbria di 28 febbraio 2004, n. 18. Tutela della salute psicofisica della persona sul luogo di lavoro e prevenzione e contrasto dei fenomeni di mobbing*).

⁵⁰ De ahí que, en el ámbito europeo, se apueste por la búsqueda de un concepto uniforme para todos los países como premisa para articular adecuadamente su regulación jurídica (v. Res. Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo de 29 de septiembre de 2001, p. 10).

concepto homogéneo⁵¹. En la misma línea promocional se pronuncia el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo sobre *Prevención de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo*, publicado en febrero de 2003, tras constatar que el acoso moral constituye el fenómeno de violencia más extendido en el mundo del trabajo.

En cualquier caso, se pone de relieve que, en aquellas experiencias donde dicho referente está conectado con la dignidad personal y la integridad psicofísica, como es el caso del Reino Unido⁵², Quebec⁵³, la articulación de los medios de tutela resulta más efectiva, habida cuenta de la relevancia del derecho fundamental afectado, que en aquellos otros casos en los que, sin perjuicio de la idoneidad de esta perspectiva, sólo aparece vinculada a la protección de la salud, como ocurre en Suecia⁵⁴ o en Holanda⁵⁵.

Por su parte, la integración conceptual de los diferentes elementos estructurales que conforman la dimensión fáctica del fenómeno es, asimismo, variable. De este modo, en lo que se refiere a la conducta acosadora, las opciones basculan desde aquellas experiencias en las que se recoge, con mayor o menor precisión, el variado elenco de actos constitutivos de acoso (casi todos ellos, reconducibles a ataques contra la dignidad personal⁵⁶), a aquellas otras que sólo efectúan una caracterización genérica de las mismas (como la legislación sueca⁵⁷ o venezolana⁵⁸), enfatizando o no sobre la exigencia de reiteración⁵⁹.

⁵¹ Lo que no ha sido óbice para que el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas y, concretamente, el Tribunal de Primera Instancia, haya tenido que partir de una elaboración conceptual de acoso para apreciar su concurrencia en diversos supuestos que les habían sido sometido a enjuiciamiento. V. al respecto las SSTJCE-TPI de 23/02/01 (as. ac. T-7/98, T-208/98 y T-109/99, Carlo de Nicola/Banco Europeo de Inversiones) y de 23/01/02 (as. T-237/00, Patrick Reynolds/Parlamento Europeo).

⁵² V., al respecto, la *Dignity at Work Act 2001*, que viene a completar en este sentido a la *Protection from Harassment Act 1997*.

⁵³ V. art. 81.18 de la ya citada Ley sobre Normas de Trabajo.

⁵⁴ V. la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral, adoptada el 21 de septiembre de 1993 (*Ordinance of the Swedish National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against Victimisation at Work*, disponible en <http://www.bullyonline.org/action/victwork.htm>).

⁵⁵ V. la Ley de 18 de marzo de 1999, por la que se modifica la Ley de Condiciones de Trabajo (WCA).

⁵⁶ Es el caso, entre otras, de la ley belga o de la colombiana.

⁵⁷ Nos estamos refiriendo a la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21/09/93), relativa a la adopción de medidas contra toda forma de persecución psicológica en el trabajo.

⁵⁸ V. art. 56.5 de la ley de 2005.

⁵⁹ Favorables a tal exigencia, se muestran las legislaciones de Argentina, Francia, Suecia y Bélgica. En relación con esta última, las interpretaciones judiciales no ofrecen dudas sobre el carácter esencial de este requisito (v., entre otras, la sentencia del Tribunal de Trabajo de Bruselas de 30/06/2006 (RG 48916/03) Por el contrario, en el caso de Quebec, no es necesaria esa reiteración, bastando con un solo acto especialmente ofensivo.

Por otra parte, la determinación de los sujetos activos y pasivos de la conducta acosadora, condiciona la tipificación de las modalidades de acoso, seleccionando alguna o todas las posibilidades que se verifican en la práctica⁶⁰. Por otra parte, la presencia de intencionalidad lesiva⁶¹ o la necesaria producción del daño como factores determinante para verificar la concurrencia de la conducta acosadora, constituye, asimismo un elemento diferencial en la configuración jurídica del fenómeno en uno u otro país. Ciertamente, la primera opción parece la más adecuada, ya que extiende el ámbito objetivo de la protección dispensada en cada caso, y ello sin perjuicio de que la efectiva producción del daño sea relevante para propiciar una adecuada reparación jurídica a las víctimas. Este tipo de construcciones permiten, además, acentuar la efectividad de las acciones preventivas, anticipando la puesta en marcha de los mecanismos de tutela que, de este modo, no exigiría un resultado lesivo en la esfera de la salud de la víctima, bastando únicamente con la verificación de una conducta dirigida a lesionar la dignidad personal y a poner en peligro la integridad psicofísica de la misma.

3.1.2. La prevención del acoso moral en el trabajo

Indudablemente, concebido como un riesgo psicosocial de primer orden, la esfera de la prevención de riesgos laborales constituye una de las llamadas a tener mayor protagonismo en la regulación jurídica del acoso moral. Especialmente significativa a tales efectos, es la modificación producida en la legislación belga⁶², en la que la protección de los trabajadores contra la violencia y el acoso moral y sexual se inserta en un ámbito más general, como es el comprendido en la prevención frente a la denominada “carga psicosocial ocasionada por el trabajo”.

El deber empresarial de prevenir este tipo de conductas suele aparecer vinculado a la obligación general de prevención⁶³. En los ordenamientos europeos, dicha conexión tiene como argumento de apoyo el diseño establecido en la Directiva Marco 89/391/CEE, referente de indudable importancia para articular un adecuado sistema de protección jurídica frente a los riesgos psicosociales⁶⁴, y ello con independencia de que, de forma complementaria se

⁶⁰ Por su carácter omnicompreensivo, destacan, entre otras, las legislaciones de Quebec o de Colombia.

⁶¹ Es el caso de la legislación sueca o de Ley de la Región de Lazio (Italia). Por el contrario, este elemento teleológico está ausente en las legislaciones belga y francesa.

⁶² Ley de 11 de junio de 2002, modificada por la Ley de 16 de junio de 2007.

⁶³ En Suiza, esta conexión se formula de forma explícita en los arts. 321 y 328 del Código de Trabajo.

⁶⁴ Destacando este dato en relación con la experiencia francesa, LEROUGE, “Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés”, TS-233/2010, pp. 25 ss.

establezca una regulación específica de todos o algunos de ellos, como el acoso (es el caso, entre otros, de la legislación belga⁶⁵, holandesa⁶⁶, y alemana⁶⁷). En otras experiencias, sin embargo, las medidas preventivas frente al acoso aparecen más estrechamente ligadas al derecho a la dignidad y la integridad psicofísica, lo que propicia la activación de la respuesta jurídica ante la mera puesta en peligro de los bienes jurídicamente protegidos por tales derechos.

En cuanto al contenido de las medidas preventivas diseñadas de forma específica para el acoso, y partiendo de la base de que la problemática del acoso tiene una innegable base en las carencias de índole organizativo⁶⁸, las legislaciones nacionales oscilan entre las que se limitan a elaborar códigos de buenas prácticas o guías orientativas⁶⁹ y, en su caso, remiten la materia a la negociación colectiva⁷⁰, limitándose a incluir este riesgo entre los susceptibles de ser evaluados por el empresario⁷¹, y aquellas otras que contemplan acciones concretas, como protocolos o procedimientos externos⁷² o internos de solución de conflictos⁷³ y programas formativos⁷⁴. En el ámbito europeo, este tipo de obligaciones deberían ser objeto de regulación por parte de los ordenamientos nacionales tras la adopción del Acuerdo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo que, expresamente, las contempla como tales. En este sentido, medidas como la apertura de investigaciones internas en la empresa por parte de la dirección

⁶⁵ Vid. la Ley de 11 de junio de 2002, sobre la prevención de la violencia psicológica en los lugares de trabajo, modificada por la Ley de 16 de junio de 2007.

⁶⁶ V. Ley de 18 de marzo de 1999, por la que se modifica la Ley de Condiciones de Trabajo (WCA) para proteger a los trabajadores de todo tipo de violencia y acoso, en especial del acoso sexual.

⁶⁷ V. *Mobbing am Arbeitsplatz, 1998* y *Psychosoziale Faktoren am Arbeitsplatz unter Berücksichtigung von Stress und Belästigung, 1995*.

⁶⁸ Significativa a la hora de enfatizar este hecho, es la legislación sueca.

⁶⁹ Es el caso, por ejemplo de Australia, donde, por esta vía se extiende la legislación preventiva general (*The occupational health and safety act* de 1995).

⁷⁰ La experiencia alemana constituye un cualificado ejemplo del papel asumido por los instrumentos convencionales. En este sentido, y teniendo como referente el modelo elaborado por el sindicato DGB, destacan los acuerdos colectivos para la mejora del clima en el lugar de trabajo celebrados en empresas como Volkswagen (1996) y Opel (2001), entre otras. Experiencias similares las encontramos también en el Reino Unido e Italia (sobre el tema, v. SANTOS FERNÁNDEZ, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (II): prevención, reparación y represión de la conducta”, en la obra colectiva (Correa Carrasco/Valdés de la Vega Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, cit., págs. 46 ss.).

⁷¹ Lo que no siempre se establece de forma explícita (v. gr. la legislación italiana).

⁷² Como la mediación contemplada en la ya citada Ley sobre Normas de Trabajo de Quebec.

⁷³ Ejemplo ilustrativo de este tipo de protocolos, que suelen articularse a modo de “*crescendo* procedimental”, es el elaborado como modelo por el sindicato DGB alemán (Santos Fernández, *art. cit.*, p. 52). Igualmente, en la experiencia noruega es interesante la “Guía de procedimientos internos” anexada a la Ley de 17 de junio de 2005. Por su parte, estableciendo una obligación empresarial a tales efectos, v. la legislación colombiana (art. 10).

⁷⁴ Es el caso, entre otras, de la legislación alemana.

tendrían una indudable efectividad práctica para atajar los supuestos de acoso en sus fases más tempranas y, consecuentemente, evitar que los daños psíquicos ocasionados a las víctimas devengan irreversibles.

Por último, en cuanto a los mecanismos de control establecidos para verificar el cumplimiento de estas medidas preventivas antiacoso, son especialmente interesantes aquellas legislaciones que contemplan la intervención de la inspección de trabajo a instancias del trabajador, si bien, supeditada en ocasiones a la inoperancia de los procedimientos internos establecidos por la propia empresa⁷⁵.

3.1.3. Las responsabilidades derivadas del acoso moral en el trabajo

Una de las principales vías de tutela jurídica frente a las conductas acosadoras viene dada por el establecimiento de un régimen de responsabilidades aplicable a los autores de las mismas. Tales responsabilidades pueden ser de diversa índole en función del sujeto acosador y de la entidad de la conducta acosadora, pudiendo reconducirse, tanto al ámbito del poder disciplinario (privado) del empresario (en caso de que se configure la conducta como falta laboral), como al del poder sancionador (administrativo o penal) del Estado⁷⁶. La efectividad preventiva o inhibitoria de estos mecanismos dependerá, en gran medida, de la claridad con la que aparezcan descritos en los respectivos tipos infractores o penales dichas conductas y, asimismo, la graduación de la responsabilidad de los sujetos activos, que será distinta en función de la modalidad de acoso (vertical, ascendente o descendente, u horizontal) de que se trate.

En la experiencia comparada, nos encontramos con legislaciones que, habida cuenta de los bienes jurídicos susceptibles de resultar afectados por las conductas acosadoras, apuestan claramente por la represión penal de las mismas, estableciendo a tales efectos un tipo específico (en este grupo se integrarían Bélgica⁷⁷, Francia⁷⁸), donde se seleccionarán los supuestos de acoso subsumibles en el mismo⁷⁹. En otros casos, sin embargo, la eventual responsabilidad penal dependerá de la posibilidad de reconducir este tipo de conductas a determinados tipos generales, principalmente, relativos a delitos de resultado

⁷⁵ Es el caso de la ley belga, tras la modificación operada por la Ley de 16 de junio de 2007, donde se contempla incluso la presencia de un “Consejero de prevención psicosocial” que estudia la denuncia del trabajador y formula pertinentes recomendaciones a la empresa.

⁷⁶ Curiosamente, las leyes brasileñas contemplan además como sanción la exigencia de que el acosador realice un curso de perfeccionamiento profesional.

⁷⁷ En este sentido, v. el nuevo tipo delictivo (art. 442 bis) incorporado al Código Penal belga.

⁷⁸ V. Ley 2002/73, de 17 de enero, de modernización social, esp. su Capítulo IV (“*Lutte contre le harcèlement moral au travail*”) que incluye, a tales efectos, un nuevo tipo delictivo en el Código Penal (art. 222-33-2).

⁷⁹ Pudiendo, por tanto, dejar fuera determinados supuestos, como ocurre en el caso español (v. art. 173.1 CP).

(lesiones, maltratos)⁸⁰, pero también a otros específicos dirigidos a castigar atentados contra la integridad moral.

En todo caso, y de forma concurrente, se articula el establecimiento de una responsabilidad administrativa, principalmente dirigida a penalizar los incumplimientos empresariales en materia preventiva, y que pueden condicionarse o no a la efectiva materialización del riesgo.

3.1.4. La reparación de los daños derivados del acoso moral en el trabajo

La pluriofensividad de la conducta acosadora es un elemento que dificulta la correcta articulación de los mecanismos de reparación jurídica de los daños ocasionados a las víctimas, máxime si tenemos en cuenta que en la experiencia comparada no suele ser habitual que las respectivas legislaciones contemplen un tratamiento autónomo, integral y unificado de la materia. En cualquier caso, los mecanismos de reparación se deberían proyectar sobre dos planos distintos, el de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y el de la protección social, y de forma conjunta habrían de propiciar el resarcimiento íntegro de los daños ocasionados.

Ello no obstante, la experiencia comparada nos pone de manifiesto que este objetivo de política del derecho está lejos de lograrse, siendo habitual que en la mayoría de las ocasiones haya solapamientos, totales o parciales⁸¹, entre una y otra vía reparadora. Por otra parte, y salvo contadas excepciones⁸², no existen previsiones especialmente concebidas para recabar la reparación de los daños ocasionados por el acoso, debiendo reconducirse las correspondientes reclamaciones por el proceloso cauce de la genérica responsabilidad civil.

En el ámbito de la protección social, las dificultades se ciernen en torno a la etiología laboral de las patologías derivadas de acoso (tales como el trastorno adaptativo, el estrés postraumático o agudo) y, en su caso, su calificación como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. El problema se plantea por el hecho de que, en la mayoría de las legislaciones nacionales, el acoso moral carece de autonomía tipológica a tales efectos. En todo caso, parece evidente que la existencia de una situación de necesidad exige la puesta en marcha de los oportunos mecanismos prestacionales, tanto económicos (derivados de incapacidad temporal o permanente) como asistenciales (asistencia sanitaria y rehabilitación profesional).

⁸⁰ Es el caso, por ejemplo, de Italia (v. arts. 672, 682 y 590 Cp).

⁸¹ V. al respecto, la legislación de Quebec.

⁸² Por ejemplo, la legislación belga tras la modificación practicada por la Ley de 16 de junio de 2007.

3.2. El acoso sexual en el trabajo

3.2.1. Concepto y bienes jurídicos protegidos

El acoso sexual en el trabajo constituye un fenómeno de naturaleza pluriofensiva, siendo diversas las esferas de la personalidad sobre las que puede incidir. Entre los bienes jurídicos susceptibles de resultar afectados por este tipo de conductas, destacan la intimidad personal, dignidad, libertad sexual, derecho a la igualdad y no discriminación por sexo y, por supuesto, la salud laboral. Desde esta última perspectiva, y enfatizando sobre la incidencia de la conducta acosadora sobre el bienestar psicofísico y la integridad moral de la víctima, el acoso sexual se concibe como uno de los principales riesgos psicosociales.

Su similitud con el acoso moral se verifica, precisamente, en la creación de un ambiente de trabajo intimidatorio, humillante y hostil para la víctima que, en última instancia, le ocasiona daños psíquicos de importancia que terminan alterando su salud de modo más o menos irreversible. Ciertamente, el acoso sexual y, en concreto, el llamado “ambiental” (conceptualmente diferente del chantaje sexual o acoso *quid pro quo*), presenta similitudes, tanto en lo que se refiere a aspectos propios de su dinámica, como en los efectos, con los que aparecen asociados al acoso moral. Así, en ambos casos, la víctima, situada en el contexto de una asimetría de poder que le resulta desfavorable, se encuentra sometida a un ambiente laboral ofensivo y humillante, que afecta a su dignidad personal y su integridad moral y que, eventualmente, puede producirle dolencias psíquicas relevantes que le lleven finalmente al abandono del trabajo. Sin embargo, no puede decirse que sean fenómenos parangonables desde el punto de vista teleológico, ni que, en consecuencia, el acoso sexual sea una especie dentro del género acoso moral.

En todo caso, no ha sido ésta la perspectiva desde la que tradicionalmente se ha juridificado el fenómeno, pues el diseño del marco de protección normativa se ha construido, de forma generalizada⁸³, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, como se aprecia en las iniciativas adoptadas en esta materia a nivel internacional⁸⁴. Por su parte, y en el ámbito más restringido de la UE, las legislaciones nacionales se hacen eco del tratamiento normativo que las instancias comunitarias han dado tanto al acoso sexual como al acoso discriminatorio, incluyendo ambos fenómenos en las directivas sobre igual-

⁸³ Salvo alguna excepción, como la que representa el caso peruano (v. Ley nº 27.942, de 27 de febrero de 2003, sobre *Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual*).

⁸⁴ V., entre otras, las Resoluciones de la Conferencia General de OIT sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los Trabajadores y las Trabajadoras en el Empleo (1985), sobre la Acción de la OIT para las Trabajadoras (1991). Asimismo, en esta línea, v. *Igualdad en el Empleo y la Ocupación*, Oficina Internacional del Trabajo, Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 1996.

dad. La razón última que justifica esta opción, como se sabe, viene dada por el hecho de que esa fue, precisamente, la perspectiva con la que se afrontó inicialmente la protección jurídica frente al acoso sexual en la experiencia norteamericana de los años setenta. En efecto, y como consecuencia de la toma de conciencia del fenómeno⁸⁵ y de su vinculación a la asimétrica distribución de poder entre los sexos, surgió la necesidad de diseñar mecanismos de protección jurídica frente al fenómeno tomando como referente el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

En definitiva, la protección frente al acoso sexual se articula sobre la base de la legislación antidiscriminatoria, de ahí que las diferentes definiciones se integren en este tipo de normativa⁸⁶. En lo que aquí interesa, sin embargo, debe subrayarse el hecho de que en todas ellas se integra como factor decisivo la incidencia de estas conductas sobre la degradación del entorno laboral y las repercusiones que de ello se derivan para el bienestar y la salud psíquica de la víctima. Desde esta perspectiva, es decir, vinculando esta problemática a deficiencias en la organización del trabajo que, a la postre, repercuten en la salud de los trabajadores, podríamos otorgar mayor relevancia a su consideración como riesgo psicosocial.

3.2.2. *La protección frente al acoso sexual*

Precisamente este dato, es decir, la configuración del acoso sexual como riesgo psicosocial, va a permitir la adopción de mecanismos de protección complementarios a los propiciados por la tradicional tutela antidiscriminatoria, siendo especialmente relevantes los que pueden articularse en el plano preventivo. En este sentido, el tratamiento normativo del acoso sexual puede diseñarse de modo conjunto con el previsto para el acoso moral⁸⁷, habida cuenta de la afinidad existente entre uno y otro fenómeno, tanto en lo que se refiere a su vinculación con los déficit organizativos de la empresa, como en lo relativo a las consecuencias patológicas que se derivan para las víctimas.

Ello explica que, incluso cuando el tratamiento entre uno y otro fenómeno se efectúa de modo separado⁸⁸, las medidas específicas de respuesta para prevenir el acoso sexual suelen ser similares, y se plasman en el establecimiento

⁸⁵ Principalmente, desde el conocido caso “Anita Hill”, lo que propició que, desde mediados de los años setenta, las conductas acosadoras se consideraran contrarias al Título VII del Civil Right Act de 1964.

⁸⁶ V., por ejemplo, la contenida en el art. 7.1 LOI, muy similar a la adoptada en otros países europeos como Bélgica (v. art. 32ter de la Ley de 4 de agosto de 1996) o latinoamericanos, como Uruguay (art. 2 de la citada Ley 18.561)

⁸⁷ Es el caso de la legislación belga.

⁸⁸ Como ocurre, por ejemplo, en nuestro país, donde, a diferencia de lo que ocurre con el acoso sexual (v. art. 48 LOI), no existe propiamente una regulación específica del acoso moral. Igualmente, es el caso otros países como Luxemburgo.

de procedimientos de denuncia⁸⁹ y la elaboración, abierta a la participación de los representantes de los trabajadores, de códigos de buenas prácticas, protocolos de intervención⁹⁰, así como de acciones formativas y divulgativas. En definitiva, se trataría de integrar la prevención del acoso sexual en el conjunto de obligaciones empresariales⁹¹ (evaluación del riesgo, diagnóstico, adopción de medidas, auditoría) derivadas del genérico deber general de seguridad que le vincula respecto a los trabajadores y que, como hemos visto, constituía el referente de la política preventiva frente al acoso moral. Lo mismo cabe decir respecto de los mecanismos arbitrados para la depuración de responsabilidades y la posterior reparación de los daños ocasionados, habida cuenta de que, tanto en el acoso sexual como en el acoso moral, las causas, la dinámica mediante la que se generan y su propia naturaleza son idénticas.

En algunas legislaciones, sin embargo, esta perspectiva preventiva no tiene una relevancia específica y la regulación del acoso sexual en el trabajo se limita a la tipificación de las conductas y determinación de sanciones administrativas, penales o disciplinarias⁹².

3.3. El acoso discriminatorio

Como ocurre con el acoso sexual, en el contexto de la UE, el fenómeno del acoso moral como tal ha sido contemplado en las últimas Directivas comunitarias sobre igualdad⁹³, donde, desde este prisma, ha sido objeto definición normativa. Desde esta perspectiva, “el acoso moral es un comportamiento indeseable ligado a uno de los motivos de discriminación contemplados por las directivas (a saber, raza, origen étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual) que tiene por objeto o por efecto atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Por tanto, en contraste con lo acaecido en relación con el acoso moral en el trabajo, se ha procedido a adoptar una noción uniforme de acoso discriminatorio en el ámbito europeo. Como puede apreciarse, se trata de una concepción

⁸⁹ V. art. 7 de la Ley uruguaya.

⁹⁰ V., en este sentido, la previsión contenida en el art. 62 LOI, si bien restringida en su aplicación al ámbito de las Administraciones públicas.

⁹¹ V., por ejemplo, las contempladas en el art. 6 de la ley uruguaya (L. n° 18.561).

⁹² Es el caso de Chile (v. Ley 20.005, de 8 de marzo de 2005), Brasil (Ley 10.224/01).

⁹³ Nos estamos refiriendo a las Directivas 2000/43/CE del Consejo de 29/06/00, relativa a la aplicación del principio de igualdad de tratamiento entre las personas sin distinción de raza o de origen étnico, y 2000/78/CE de 27/11/00, relativa a la creación de un marco general a favor de la igualdad de tratamiento en materia de empleo y de condiciones de trabajo. También, la D. 2002/73/CE de 23/09/02, por la que se modifica la D/76/207/CE, 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 promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

del acoso moral estrechamente vinculada a la protección antidiscriminatoria que, por tanto, presupone la concurrencia de alguna de las causas de discriminación explícitamente señaladas en la conducta acosadora. No puede decirse, en consecuencia, que estemos ante una regulación protectora frente al acoso moral como fenómeno específico⁹⁴. En la definición transcrita, el acoso se concibe como un instrumento de discriminación que, eventualmente, puede concurrir con otros en la puesta en práctica de la voluntad o intención de discriminar, que es la finalidad última del autor de la conducta.

Bien es cierto que este “acoso discriminatorio” puede propiciar que la víctima padezca una situación parangonable, de algún modo, a la resultante de un proceso de acoso en sentido estricto. La creación de un entorno hostil, humillante, degradante u ofensivo y el hecho de que la dignidad personal se encuentre entre los bienes jurídicos protegidos, son aspectos que acercan ambos fenómenos. Pero ello no es óbice para concluir que estamos ante fenómenos claramente diferenciados y conceptualmente distintos entre sí.

Por lo demás, la definición contenida en las Directivas, lógicamente, no puede hacer abstracción de los objetivos de las mismas, de modo que, como no podría ser de otra manera (pues, en sentido estricto, no estamos ante una regulación antiacoso), en el tratamiento del acoso moral está presente el “sesgo” de la protección antidiscriminatoria. Ello explica que, en la configuración normativa del acoso, no se abunde en la caracterización de la conducta acosadora, ni se enumeren los actos más típicos de expresión de la misma y, finalmente, se prescinda de integrar el elemento intencional (utilizando una fórmula muy similar a las de las legislaciones francesa y belga). Y es que, en realidad, estamos ante fenómenos distintos a pesar de la aparente similitud de la dinámica de los mismos.

Como no podría ser de otra manera, habida cuenta de la necesidad de proceder a su trasposición, las legislaciones nacionales del ámbito europeo se hacen eco de esta caracterización del acoso discriminatorio efectuado desde las instancias comunitarias. Fuera de este ámbito, sin embargo, no se aprecia una regulación autónoma y específica de esta figura, siendo reconducible cualquier manifestación al respecto a la protección antiacoso que, en su caso se haya diseñado.

3.4. El estrés profesional

La evidencia empírica de que el estrés constituye uno de los más importantes riesgos de naturaleza psicosocial y que, entre sus factores desencadenantes

⁹⁴ Ya que “el ‘mobbing’ no es un conducta intrínsecamente vinculada a las diferencias discriminatorias” (Fernández López, “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS-19/2002, pág. 67).

se encuentran las deficiencias en materia organizacional y las conectadas con un inadecuado entorno de trabajo⁹⁵, ha traído consigo la necesidad de adoptar medidas que hagan factible una reducción de su incidencia en la salud de la población trabajadora y, consecuentemente, atenúe también su importante impacto socioeconómico⁹⁶. Dicha incidencia, que se verifica en enfermedades de diversa índole, tanto físicas (principalmente, cardíacas y músculo-esqueléticas), como mentales (depresión, ansiedad) refuerza la conexión de las políticas preventivas frente al estrés con el deber general de prevención a cargo del empresario (facilitada en el ámbito europeo por la Directiva Marco 89/391⁹⁷), y propicia la puesta en marcha por parte de éste del conjunto de acciones (evaluación⁹⁸, diagnóstico y prevención) dirigidas a disminuir o eliminar su presencia en los lugares de trabajo.

A pesar de todo ello, el tratamiento jurídico del estrés laboral o de fenómenos conexos como el síndrome de desgaste profesional (*born-out*) dista mucho aún de resultar satisfactorio. De este modo, en el plano internacional no existen acciones específicas dirigidas de forma explícita a atajar esta problemática, y ello sin perjuicio de la idoneidad a tales efectos de ciertas medidas propuestas, bien desde la OIT, bien desde la UE, relativas a la necesidad de racionalizar el tiempo de trabajo, como su ordenación flexible a favor de los intereses de los trabajadores (no sólo de la empresa), la promoción de trabajo a tiempo parcial y el establecimiento de medidas efectivas de conciliación de la vida familiar y laboral⁹⁹, a las que habría que añadir aquellas otras tendentes a la reducción de la precariedad laboral, habida cuenta de la sensación de inseguridad que ésta genera en los trabajadores. Resulta ilustrativo al respecto, la ausencia de toda referencia a las dolencias de esta naturaleza en la actualización del listado de enfermedades profesionales practicada por la Recomendación OIT n° 194 de

⁹⁵ V., en este sentido, la *Resolución del Consejo UE sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2007-2012* (art. 2.e).

⁹⁶ Un estudio al respecto, en Houtman, *Work-related stresses*, Eurofound, 2007; también, Koukoulaki, "La prevention du stress au travail en Europe: aperçu des activités syndicales, obstacles et stratégies futures", BTS 19-20/2002; pp. 4 ss.

⁹⁷ Esta norma es, precisamente, el referente jurídico de las acciones y medidas contempladas en el Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés ligado al trabajo.

⁹⁸ Un interesante estudio sobre la metodología para la evaluación de los riesgos psicosociales y medición del estrés en la experiencia belga, en Hertefeldt, "La mesure de la charge psychosociale sur le lieu de travail en Belgique", BTS 19-20/2002; pp. 45 ss.; igualmente, es destacable al respecto el llamado "cuestionario de Copenhague" (v. un análisis sobre el mismo, en Kristensen "Un nouvel outil d'évaluation des facteurs psychosociaux au travail: le Questionnaire Psychosocial de Copenhague", BTS 19-20/2002; pp. 52 ss.

⁹⁹ V. al respecto, el informe de la OIT "*Working time around the World: principales hallazgos e implicaciones para las políticas*" (2007), disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_082840.pdf. Asimismo, en el ámbito europeo es reseñable, desde esta perspectiva, lo dispuesto en el art. 13 de la Directiva 93/104/CE, sobre tiempo de trabajo.

20 de junio de 2002, sin que los intentos posteriores de incorporarlas hayan surtido efecto hasta la fecha¹⁰⁰.

Ello explica, en parte, la falta de regulación de esta problemática que se observa en las legislaciones nacionales, lo que se deriva de su condición de “riesgo emergente” todavía en una fase previa a su correspondiente proceso de juridificación. En este sentido, cabe señalar que las primeras iniciativas que pueden constatar se circunscriben al ámbito europeo, donde el grado de sensibilización se ha visto incrementado por la decidida labor de organismos especializados como la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, plasmada en la elaboración de estudios, informes o guías prácticas sobre esta materia¹⁰¹. Ciertamente, tampoco en este ámbito se ha logrado la incorporación de los trastornos de carácter psicosocial al listado de enfermedades profesionales, a pesar de las explícitas y reiteradas peticiones sindicales en este sentido y que, hasta el momento, sólo se han concretado en la proposición de estudios que, eventualmente, sirvan de base para una futura decisión al respecto¹⁰².

Con todo, el impulso más decidido para afrontar esta problemática se ha producido en el contexto del diálogo social y ha fructificado con la elaboración del, ya citado, Acuerdo Marco Europeo sobre Estrés Laboral de 2004¹⁰³. La potencialidad ordenadora de este instrumento está en manos de los interlocutores sociales que son los encargados de transponer su contenido a los respectivos ordenamientos nacionales, utilizando para ello los instrumentos negociales que consideren oportunos (principalmente, acuerdos interprofesionales¹⁰⁴ y convenios colectivos sectoriales). En dicho acuerdo, además de proceder a su definición y tipificación, se apuesta decididamente por vincular este tipo de riesgos con la obligación general de prevención del empresario, lo que, como hemos señalado, propiciaría la aplicación a los mismos del conjunto de deberes pre-

¹⁰⁰ Sin que ello suponga, desde luego, desdeñar las orientaciones contenidas en documentos de la OIT como la “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y trabajo decente” (2007) y otros de similar alcance y significado.

¹⁰¹ V., al respecto, http://osha.europa.eu/es/topics/stress/index_html.

¹⁰² V. Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, donde, a pesar del carácter minucioso de los listados que se contemplan tanto en el anexo I (enfermedades directamente relacionadas con la actividad ejercida) como en el anexo II (enfermedades cuyo origen profesional se sospecha), no figura mención alguna a las patologías derivadas de riesgos psicosociales, como el acoso o el estrés.

¹⁰³ Sobre su incidencia práctica, v. Telijohann, *Informe conjunto sobre la aplicación del acuerdo de estrés laboral*, IRES, Bolonia, 2009.

¹⁰⁴ En nuestro caso, por ejemplo, se ha llevado a efecto dicha transposición mediante el AINC de 2005.

ventivos específicos recogidos en las respectivas legislaciones nacionales¹⁰⁵. Al margen de la virtualidad de esta iniciativa para incrementar el grado de sensibilización al respecto, la consecución efectiva de estos objetivos requiere, sin embargo, de la necesaria intervención de la legislación estatal, habida cuenta de la naturaleza pública de las esferas de jurisdicción afectadas (protección social, régimen sancionador, entre otras), por un lado, y de las dudas que pueden suscitarse en torno a la vinculabilidad de los compromisos asumidos, por otro.

4. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones efectuadas, no puede decirse que el proceso de juridificación de los riesgos psicosociales haya alcanzado un nivel satisfactorio. Antes al contrario, los mecanismos de protección diseñados frente a los mismos, cuando existen, está aún muy alejado de las exigencias que, en coherencia con su incidencia en la salud mental de la población trabajadora, plantea su ordenación jurídica. Desde esta perspectiva, sería preciso desarrollar una labor más incisiva por parte de los organismos internacionales especializados que, inexorablemente, debería concretarse en la adopción de instrumentos normativos que establecieran unos estándares mínimos de protección que sirvieran de referencias para las respectivas legislaciones nacionales. Quizá así podría superarse, tanto la ausencia de tratamiento de este tipo de riesgos que se percibe aún en muchos países, como el carácter fragmentario o parcial con el que se afronta su regulación en aquellos otros que, de forma progresiva, van incorporando técnicas de protección jurídica a sus respectivos ordenamientos.

De este modo, hay que destacar que los riesgos que mayor atención han suscitado en el panorama comparado ha sido el acoso sexual y moral, respecto de los que se aprecia un creciente interés, tanto por parte de los países desarrollados como en vías de desarrollo. Las legislaciones europeas, principalmente, pero también las latinoamericanas, han ido incorporando paulatinamente mecanismos de protección jurídica para afrontar la problemática planteada por este tipo de fenómenos, una vez que el grado de concienciación social (facilitado, sin duda, por la labor informativa de los organismos internacionales, pero también por su impacto mediático) ha propiciado que, finalmente, adquieran la relevancia jurídica suficiente. Con todo, la articulación de dicha protección jurídica es bastante desigual, limitándose en ocasiones al establecimiento de medidas sancionadoras de diferente alcance (penal, administrativo o disciplinario). La esfera preventiva, sin embargo, a pesar de constituir el eje sobre el

¹⁰⁵ Que, lógicamente, son el resultado de la transposición de los contemplados en la Directiva Marco 89/391. Sobre el tema, v. Romero Ródenas, "El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre estrés laboral", JL-22/2005, pp. 13 ss.

que debería bascular todo el entramado normativo diseñado al efecto, suele adolecer todavía de ciertas carencias, especialmente, en aquellos países que se sitúan fuera del entorno europeo. En este contexto, por el contrario, la influencia de la Directiva Marco 89/391/CEE y, sobre todo, el alcance con el que en esta norma se concibe la obligación general de seguridad del empresario, ha facilitado la integración de una respuesta específica frente a este tipo de riesgos en el sistema de prevención instaurado, con carácter general, por los respectivos ordenamientos nacionales.

En definitiva, incluso en los sistemas normativos más avanzados en esta materia, queda todavía un largo camino que recorrer en la ordenación jurídica de los riesgos psicosociales, una vez constatada su indudable trascendencia para la protección de la salud mental de la población trabajadora. Entre los retos pendientes, aparte de la mejora de los mecanismos preventivos, está, sin duda, el establecimiento de unos cauces adecuados de reparación jurídica de los daños ocasionados cuando aquéllos han fallado. En este sentido, además de garantizar que tales daños, con independencia de su naturaleza, sean resarcidos en su integridad, habría que abordar de manera urgente, en el ámbito de la protección social, la tarea de integrar este tipo de patologías mentales, de indiscutible etiología laboral, en los respectivos listados de enfermedades profesionales.

BIBLIOGRAFÍA:

- CAVAS MARTINEZ, “El Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo”, AS-11/2007, pp. 9 ss.
- Comunicación de 21/02/07 (COM(2007) 62 final), de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, dirigida a *mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)*.
- Documento OIT “Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y trabajo decente” (2007).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, RDS-19/2002, págs. 53 ss.
- HERTEFELT, “La mesure de la charge psychosociale sur le lieu de travail en Belgique”, BTS 19-20/2002; pp. 45 ss.
- HOUTMAN, *Work-related stresses*, Eurofound, 2007.
- Informe del Comité Mixto OIT/OMS sobre *Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención*, 1984.
- Informe de la OIT *La salud mental en el trabajo*, Ginebra, 2000.

- Informe de la OIT “*Working time around the World: principales hallazgos e implicaciones para las políticas*” (2007).
- Informe sobre la evaluación de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006 (SEC(2007) 214).
- KOUKOULAKI, “La prevention du stress au travail en Europe: aperçu des activités syndicales, obstacles et stratégies futures”, BTS 19-20/2002; pp. 4 ss.
- KRISTENSEN “Un nouvel outil d’évaluation des facteurs psychosociaux au travail: le Questionnaire Psychosocial de Cpenchague”, BTS 19-20/2002; pp. 52 ss.
- *Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa*, de 25/07/2001 (COM (2001) 366)
- LEROUGE, “Los riesgos psicosociales: la respuesta del derecho laboral francés”, TS-233/2010, pp. 25 ss.
- MOLINA NAVARRETE, *El Acuerdo Marco Comunitario para la Gestión del Acoso y la Violencia en el Trabajo: Claves para su aplicación práctica en el ANC*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., “Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso”, en la obra CORREA CARRASCO, M. (coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 121 ss.
- ROMERO RÓDENAS, “El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre estrés laboral”, JL-22/2005, pp. 13 ss.
- SANTOS FERNÁNDEZ, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (II): prevención, reparación y represión de la conducta”, en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada, 2007; págs. 41 ss.
- TELIJOHANN, *Informe conjunto sobre la aplicación del acuerdo de estrés laboral*, IRES, Bolonia, 2009.
- ZARZALEJO CARBAJO, “El acoso moral en la experiencia comparada, internacional y comunitaria (I): Concepto y responsabilidad jurídica”, en la obra colectiva (CORREA CARRASCO/VALDÉS DE LA VEGA Coords.), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada, 2007; págs. 1 ss.

CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE EMPRESA EN FRANCIA *

HELENA YSÀS MOLINERO

Investigadora Postdoctoral
Universidad Autónoma de Barcelona
Université de Toulouse 1- Capitole

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Francia, Reformas

El reforzamiento de la negociación colectiva de empresa que ha tenido lugar en los últimos años en Francia ha ido de la mano de una importante dotación de contenido de los convenios y acuerdos, que se ha producido principalmente a través de dos vías: por una parte, se han introducido numerosas obligaciones de negociar a nivel de la empresa, sobre materias como el volumen de empleo en la misma o el empleo de los trabajadores mayores o discapacitados, entre muchas otras; por otra parte, el crecimiento en contenidos de la negociación colectiva empresarial ha encontrado también su base en numerosas remisiones efectuadas por el legislador a los convenios y acuerdos de empresa.

ABSTRACT

Key Words: Collective Bargaining, France, Reform

The company collective bargaining reinforcement and changes that have been happening in the past years in France had gone along with some agreements that are twofold: on one hand, various obligations were introduced and considered to allow negotiations in companies on issues such as employment capacity or employment for old people or disabled, among many other discussion issues. On the other hand, the growth of the company/undertakings collective bargaining and the numerous remissions done by the legislator to the agreements and the agreements of companies.

* Este artículo ha sido elaborado en el marco de una beca postdoctoral “Beatriu de Pinós” concedida por la Agència de Gestió d’Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya para la realización de una estancia de 24 meses en la Universidad de Toulouse 1- Capitole (Francia).

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN FRANCIA
2. LA EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL NIVEL EMPRESARIAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. Las obligaciones de negociar
 - 2.2. Las remisiones del legislador a la negociación colectiva de empresa
3. PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA
 - 3.1. Tiempo de trabajo
 - 3.2. Examen de la evolución del empleo en la empresa
 - 3.3. Negociación sobre la libertad de expresión en la empresa
 - 3.4. Negociación sobre el empleo de los trabajadores de edad
 - 3.5. Acuerdos de mantenimiento del empleo
 - 3.6. Los acuerdos de método
 - 3.7. La negociación sobre la gestión preventiva del empleo en la empresa (gpec)
 - 3.8. Negociación sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN FRANCIA

En los últimos años se han llevado a cabo en Francia profundas reformas del sistema de negociación colectiva, que se ha reforzado notablemente en detrimento de la regulación legislativa y reglamentaria¹, reformas que han alcanzado todos sus ámbitos y muy singularmente su estructura y sus actores; en este sentido afirma TEYSSIÉ que “*ha hecho irrupción un nuevo derecho de la negociación colectiva*”, articulado entorno a cuatro ejes esenciales: nuevas libertades –en referencia a las nuevas posibilidades de derogación de lo establecido en un convenio de ámbito superior-, nuevos actores, nuevas legitimidades y nuevos contratos².

A título de contextualización, es preciso apuntar que el inicio del cambio de las funciones de la negociación colectiva se produjo en 1982, siendo los siguientes puntos culminantes la aprobación de dos leyes en mayo de 2004 y en agosto de 2008. Con anterioridad a 1982 se hablaba exclusivamente de mínimos legales, denominados en Francia orden público social, a partir de los cuales los interlocutores sociales podían construir el edificio convencional. Las

¹ Vid. Barthélemy, J. y Cette, G.: *Refondation du droit social: concilier protection des travailleurs et efficacité économique*. París, 2010.

² Teysié, B.: “Sur le nouveau droit de le négociation collective” en AA.VV.: *Le nouveau droit de la négociation collective (loi n° 2004-391 du 4 mai 2004)*. Éditions Panthéon Assas. París, 2004, pág. 11.

leyes Auroux de 1982³ introducen para una materia muy concreta –las horas extraordinarias– el concepto de “derogación” de la regulación legal⁴ convirtiéndose una parte del “orden público social” en “orden público derogable”. Se ha afirmado que, a partir de 1982, en cada ley que se ha aprobado en relación con la negociación colectiva el convenio colectivo de empresa ha ganado en materia de autonomía y de contenidos⁵. En aquel momento se atribuyó al convenio o acuerdo de empresa una triple función, consistente en la mejora del convenio sectorial mediante la adopción de cláusulas más favorables a los trabajadores, la innovación mediante la compleción de lagunas del acuerdo sectorial y la adaptación de este último a las particularidades de la empresa. Esta última función es la que más se ha reforzado a lo largo de los años hasta el punto de que el legislador no sólo haya impuesto abundantes obligaciones de negociar en el ámbito de la empresa, sino que la articulación convencional, en la que el convenio o acuerdo de empresa cada vez ha ido adoptando un mayor protagonismo, se ha visto completamente alterada hasta alcanzar en amplias materias la subordinación del convenio sectorial al de empresa.

Las reformas se han producido de forma parcial y encadenada durante la última década, partiendo de la Posición Común alcanzada por los interlocutores sociales el 16 de julio de 2001, sobre las vías y los medios de profundización de la negociación colectiva⁶. Debe destacarse que la Posición Común

³ Ley de 4 de agosto de 1982 relativa a los derechos de los trabajadores en la empresa; Ley de 28 de octubre de 1982 relativa al desarrollo de las instituciones representativas del personal; especialmente Ley de 13 de noviembre de 1982 relativa a la negociación colectiva y a la solución de conflictos colectivos; y finalmente Ley de 23 de diciembre de 1982 relativa al comité de higiene, de seguridad y de condiciones de trabajo. Las Leyes Auroux impusieron obligaciones de negociar, modificaron las reglas relativas a la extensión de convenios (*extension et élargissement*), consagraron la dualidad de los niveles de negociación (nivel sectorial y nivel de empresa) e introdujeron la posibilidad de concluir acuerdos “derogatorios”.

⁴ “Derogar” se define no únicamente como establecer normas contrarias a otras de rango o nivel superior, sino también como apartarse de lo fijado. Béliet, G. y Legrand, H.-J.: *La négociation collective après la loi du 20 août 2008. Nouveaux acteurs. Nouveaux accords*. Editions Liaisons. Rueil-Malmaison, 2008. De forma más detallada, se ha definido como “derogación” “*La opération juridique consistente en descartar válidamente una regla normalmente aplicable sustituyéndola por una reglamentación diferente*”. Tissandier, H.: “Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme” en Borenfreund, G.; Lyon-Caen, A.; Souriac, M.-A. y Vacarie, I. (dirs.): *La négociation collective à l'heure des révisions*. Dalloz. Paris, 2005, pág. 111.

⁵ Béliet, G. y Legrand, H.-J.: *op. cit.*, pág. 8.

⁶ La Posición Común de 16 de julio de 2001, firmada por los sindicatos CGT, CGT-FO, CFTD, CFTC y CFE-CGC (es decir, los cinco sindicatos reconocidos como más representativos a nivel interprofesional) y por las organizaciones empresariales MEDEF, CGPME y UPA, plantea una reforma en profundidad de todo el sistema de negociación colectiva. Tal reforma tendría un triple objetivo, consistente en: desarrollar la negociación colectiva, reforzar los medios del diálogo social y crear una dinámica de complementariedad entre el papel de la ley y el de la negociación colectiva. Específicamente en lo referente a la negociación colectiva se aboga por una articulación más dinámica de los niveles de negociación.

reclama que la ley deje espacio suficiente a la negociación colectiva, que sus resultados no sean cuestionados y que se cree una dinámica de complementariedad, reconociendo –sin cuestionar la posición de la ley- el espacio de la negociación colectiva en el sistema social francés, redefiniendo el ámbito de actuación del legislador y de los interlocutores sociales.

La primera gran reforma de la negociación colectiva vino de la mano de la Ley nº 2004- 391 de 4 de mayo de 2004, relativa a la formación profesional a lo largo de la vida y al diálogo social. La Ley, cuya reconocida ambición consistía en “dotar de plena autonomía” la negociación colectiva empresarial y en la que algunos autores han identificado una voluntad de “*hacer del acuerdo de empresa el centro de gravedad de la negociación colectiva*”⁷, tenía un triple objetivo: cambiar las reglas de conclusión de los acuerdos, transformar la articulación de las normas convencionales y paliar la ausencia de delegados sindicales en las empresas –debemos recordar que en Francia existe un monopolio de la negociación colectiva por parte de la representación sindical, siendo excluidos de la misma los representantes unitarios-. La Ley contenía distintos dispositivos que autorizaban la introducción en los convenios sectoriales de disposiciones menos favorables para los trabajadores que las que resultaran de convenios y acuerdos de ámbito territorial o funcional más amplio, excepto que éstos últimos lo prohibieran. Asimismo, se ofrecía a las partes negociadoras de los convenios y acuerdos colectivos de empresa la posibilidad de derogar las estipulaciones de convenios o acuerdos de ámbito sectorial, excepto cuando éstos lo prohibieran expresamente y excepto en determinadas materias, esencialmente el salario mínimo, la clasificación profesional y las garantías colectivas de mutualización de los fondos para la formación profesional. En tercer lugar se extendía a los convenios y acuerdos de empresa la facultad, hasta el momento reservada a los acuerdos y convenios sectoriales, para aplicar o derogar determinadas disposiciones del Código de Trabajo.

El último punto culminante del reforzamiento de la negociación colectiva de empresa vino de la mano de la aprobación de la Ley nº 2008-789 de 20 de agosto de 2008 sobre reforma de la democracia social y reforma del tiempo de trabajo. La ley de agosto de 2008 dio una última vuelta de tuerca, convirtiendo en relevantes materias vinculadas a la duración y a la organización del tiempo de trabajo en norma general la posibilidad de que los convenios y acuerdos de empresa “deroguen” las disposiciones de normas convencionales de ámbito superior, convirtiéndose la prohibición de llevar a cabo tal derogación en la excepción a la norma general, por lo que algunos autores se preguntan qué

⁷ Souriac, M-A.: “Quelle autonomie dans la négociation collective d’entreprise?” en Borenfreund, G.; Lyon-Caen, A.; Souriac, M-A. y Vacarie, I. (dirs.): *La négociation collective à l’heure des révisions*. Dalloz. Paris, 2005, pág. 90.

queda del denominado “principio de favor” a lo que responden que poca cosa⁸. La jerarquía normativa se ha transformado, pasando de la supletoriedad a la subsidiariedad, que convierte al acuerdo de empresa en la fuente de derecho común, aplicándose la convención sectorial sólo en caso de que no exista convenio o acuerdo de empresa⁹. Se ha afirmado que aunque de momento esta posibilidad se limite a ciertos aspectos de la duración y la organización del tiempo de trabajo, las bases están puestas para una aplicación más general¹⁰

2. LA EXPANSIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL NIVEL EMPRESARIAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La potenciación de la negociación colectiva de empresa hizo un gran paso adelante con la aprobación de la Posición Común de 16 de julio de 2001, a la que ya se ha hecho referencia. En ella se afirma que la negociación de empresa permite encontrar y aplicar soluciones que tengan directamente en cuenta las características y las necesidades de cada empresa y de sus trabajadores.

Pero, como se apuntaba en la introducción, fue la Ley de 4 de mayo de 2004 la que introdujo cambios de gran profundidad en la negociación colectiva y, en lo que se refiere a los convenios y acuerdos de empresa, amplió de forma muy notable sus competencias, permitiendo, en algunos casos, que el convenio o el acuerdo de empresa adoptasen disposiciones no sólo distintas a las de la norma legal o convencional superior, sino contrarias a las mismas, es decir, con un contenido menos favorable o en contra de normas hasta el momento imperativas. De esta forma, los convenios o acuerdos de empresa pueden contener disposiciones nuevas y cláusulas más favorables, pero también menos favorables para los trabajadores. La articulación del convenio o acuerdo de empresa con el convenio sectorial es un tema de cabal importancia; sin embargo no es posible aquí abordar esta compleja cuestión pero es ineludible hacer referencia a ella cuando nos centramos en el contenido de la negociación colectiva. Como breve apunte sobre la posibilidad de derogación por parte de los convenios o acuerdos de empresa de disposiciones convencionales de nivel superior e incluso de disposiciones legales, debe señalarse que tal posibilidad se enmarca en una serie de normas que son esencialmente las siguientes: los acuerdos de empresa que derogan contenidos de convenios sectoriales deben ser acuerdos mayoritarios, es decir, que no hayan encontrado la oposición de las organizaciones sindicales que conjuntamente hayan obtenido la mayoría

⁸ Bélier, G. y Legrand, H-J.: *op. cit.*, pág. 8.

⁹ Barthélemy, J. y Cette, G.: *op. cit.*

¹⁰ *Ibid.*

de los votos en las elecciones a representantes de los trabajadores; aunque el principio mayoritario parezca bastante obvio, no lo es tanto en Francia, donde existen problemas endémicos de legitimidad de los sindicatos, particularmente a nivel de la empresa¹¹. Por otra parte, el convenio sectorial puede prohibir expresamente la posibilidad de derogar sus disposiciones y esta posibilidad se encuentra completamente excluida en cuatro ámbitos: los salarios mínimos, la clasificación profesional, las garantías colectivas en materia de protección social complementaria y la mutualización de los fondos destinados a formación profesional. Finalmente, no se pueden derogar disposiciones contenidas en convenios sectoriales concluidos con anterioridad a la adopción de la Ley de 4 de mayo de 2004.

Como más adelante se verá de forma más detallada, uno de los ámbitos en que el Código de Trabajo permite de forma más amplia derogaciones a la normativa legal y convencional superior es el de la duración y organización del tiempo de trabajo, y, en concreto, respecto a la modulación de la jornada anual, la anualización del trabajo a tiempo parcial, la introducción de ciclos de trabajo y la introducción para los mandos intermedios y superiores de un sistema de *forfaits* anuales en días o en horas para el cómputo del tiempo de trabajo. La mencionada Ley de 2004 amplió los ámbitos en que el convenio o el acuerdo de empresa pueden intervenir y que son resumidamente los siguientes: en materia de contrato de duración determinada, sobre la denominada indemnización por precariedad¹² y sobre las acciones de formación; en materia de trabajo para empresas de trabajo temporal el convenio o acuerdo de empresa puede establecer la duración del periodo de prueba, la supresión de la indemnización por fin de misión y la definición del ámbito de la misión; en materia de trabajo a tiempo parcial, el preaviso para la modificación del horario de trabajo, el número y la duración de los descansos y el número máximo de horas complementarias; en materia de horas extraordinarias, la remuneración, el número máximo de horas extraordinarias, y el régimen de horas extraordinarias para las actividades de temporada; en materia de trabajo nocturno, la duración legal máxima y la duración semanal media; en materia de descanso, el tiempo mínimo de descanso diario y el descanso semanal de los menores de edad; en materia de equipos de suplencia¹³; respecto al Comité de Higiene y Seguridad en el Traba-

¹¹ La Ley de 20 de agosto de 2008 modificó los criterios de determinación de la representatividad de los sindicatos, también en la empresa.

¹² Indemnización por extinción del contrato de duración determinada, equivalente al 10% de las cantidades totales brutas percibidas por el trabajador durante toda la vida del contrato. Artículo L. 1243-8 CT.

¹³ Los equipos de suplencia se encuentran previstos en el artículo L. 3132-16 del CT, que establece que en las industrias o las empresas industriales un convenio o acuerdo de empresa puede prever que el personal de ejecución funcione en dos grupos, uno de los cuales, denominado equipo de suplencia, tiene por única función sustituir al primer grupo durante sus días de descanso.

jo (CHSCT), la negociación de empresa puede determinar la formación de sus miembros en los establecimientos de menos de 300 trabajadores.

La ley de 2008 también introdujo algunas nuevas obligaciones de negociar, en particular en relación al desarrollo de las carreras profesionales de los representantes de los trabajadores. Pero lo verdaderamente fundamental respecto de la mencionada ley es el vuelco dado al sistema de negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo. A partir de su entrada en vigor se consagra definitiva y plenamente la primacía del convenio o acuerdo de empresa sobre el sectorial, de forma que queda expresamente reservada al convenio o acuerdo de empresa la prioridad para fijar las disposiciones relativas al contingente de horas extraordinarias, al recurso a una bolsa anual en horas o en días, a la repartición de la duración del trabajo en un período más extenso que la semana, y a la cuenta de ahorro-tiempo (“*compte épargne-temps*” CET)¹⁴; asimismo, la Ley autoriza a prever modalidades diferentes de organización del tiempo de trabajo respecto a las previstas a nivel sectorial. Se trata de una vuelca de tuerca más al sistema previsto por la ley de 2004: en materia de tiempo de trabajo el convenio sectorial, que ya no podrá prohibir la derogación de sus disposiciones por el convenio o acuerdo de empresa, se convierte definitivamente en subsidiario de éste.

2.1. Las obligaciones de negociar

El legislador francés ha ido establecido a lo largo del tiempo y empezando por la Ley Auroux de 13 de noviembre de 1982 toda una serie de obligaciones de negociar en el ámbito de la empresa con la finalidad de incentivar el nivel empresarial de negociación¹⁵. Esta obligación de negociar es aplicable a todas las empresas donde se encuentren constituidas una o más secciones sindicales de organizaciones representativas¹⁶. Debe tenerse en cuenta que la legislación francesa sólo exige la presencia en la empresa de un mínimo de dos trabajadores afiliados al sindicato en cuestión para poder constituir la sección sindical;

¹⁴ El “*compte épargne-temps*” es un dispositivo creado por convenio o acuerdo de empresa o de sector que permite al trabajador acumular derechos a vacaciones retribuidas o beneficiarse de una remuneración, inmediata o diferida, en contrapartida de los períodos de vacaciones o de descanso no disfrutados o de las cuantías dinerarias a ellos afectados.

¹⁵ El efecto de la Ley Auroux de noviembre de 1982 fue claro: se pasó de 1500 acuerdos de empresa antes de 1981 a 4851 en 1983 y más de 10000 a partir de 1997. Lautier, G.: *La négociation collective dans l'entreprise*. Laurent du Mesnil. Paris, 2005, pág. 16.

¹⁶ Se podrá crear una sección sindical cuando el sindicato en cuestión tenga dos o más afiliados en la empresa y se trate de un sindicato representativo en la misma, o bien afiliado a una organización representativa a nivel nacional e interprofesional, o bien que se trate de una organización sindical que responda a los criterios de respeto de los valores republicanos y de independencia y que esté constituida desde como mínimo dos años atrás y cuyo ámbito profesional y geográfico cubra la empresa.

sin embargo, la norma también prevé que la parte negociadora sindical debe incluir como mínimo un delegado sindical, siendo el caso que la designación de un delegado sindical sólo está prevista en las empresas que empleen a 50 trabajadores como mínimo, por lo que en la práctica serán estas últimas las que, en principio, se encuentren afectadas por la obligación de negociar. No obstante, puede darse el caso de que, en empresas que cuenten como mínimo con 11 trabajadores, un delegado de personal haya sido designado como delegado sindical, en cuyo caso la empresa se vería también afectada por la obligación de negociar. Cabe precisar que la negociación se llevará a cabo siempre con los representantes sindicales y no con los representantes unitarios de los trabajadores, puesto que en Francia el Código de Trabajo establece un monopolio sindical de la negociación colectiva en la empresa, excluyendo de la negociación la representación unitaria.

Una ulterior precisión a aportar consiste en que la negociación anual obligatoria deberá tener lugar en el ámbito de la empresa, aunque se permite también que se lleve a cabo a nivel de centro de trabajo o de una pluralidad de centros de trabajo. Para que éste pueda ser el caso, es necesario que se produzca un acuerdo unánime de las partes y que existan una o más secciones sindicales en cada centro de trabajo. Sin embargo, el hecho de que las materias objeto de la obligación de negociar hayan sido tratadas y objeto de acuerdo en un nivel de negociación superior no exime al empleador de tomar la iniciativa de la negociación a nivel de la empresa –excepto en las materias de previsión por enfermedad, ahorro salarial y, en determinados casos, sobre el empleo de los trabajadores de edad-, aunque sí es factible que la negociación consista en completar y adaptar la regulación convencional de nivel superior a las particularidades de la empresa.

Respecto a la obligación de negociar es importante destacar que mayoritariamente se trata una obligación de medios pero no de resultado, de forma que no incluye una obligación de alcanzar un acuerdo sino que se trata puramente de una obligación de iniciar las negociaciones. La obligación consiste en que el empresario convoque a las organizaciones sindicales, les presente propuestas en las materias afectadas por la obligación y escuche sus contrapropuestas con la finalidad de, después de llevar a cabo las negociaciones pertinentes, alcanzar un acuerdo. Sin embargo, recientemente se han introducido de forma progresiva y exclusivamente respecto a algunas materias de entre las muy amplias que son objeto de una obligación de negociar sanciones económicas para la empresa en caso de que las negociaciones no deriven en acuerdo alguno.

Debemos destacar que en caso de que el empresario se niegue a iniciar las negociaciones, el Código de Trabajo asimila tal actitud a una vulneración del derecho de libertad sindical (*“délit d’entrave à l’exercice du droit syndical”*), lo que comporta la posibilidad de que el empresario sea sancionado penalmen-

te con una multa e incluso con una pena de prisión; asimismo, las organizaciones sindicales pueden acudir a la jurisdicción civil con el fin de que el juez imponga al empleador el inicio de la negociación mediante la convocatoria a los sindicatos y la transmisión a estos últimos de las informaciones que establece el Código de Trabajo. Adicionalmente, desde enero de 2009 se pueden reducir e incluso suprimir las bonificaciones o reducciones de las cuotas empresariales de Seguridad Social para los contratos con bajos salarios.

En cuanto a la periodicidad de las negociaciones, en algunas materias la negociación obligatoria tendrá lugar anualmente; en otras materias, la obligación será también anual mientras no haya acuerdo, momento a partir del cual la obligación se convierte en trianual. La suma de todas las materias objeto de una obligación de negociar nos permite darnos cuenta de la amplitud de tal obligación, lo que a priori debería tener como consecuencia una importante riqueza de contenidos en la negociación colectiva de nivel empresarial aunque sólo se tenga en cuenta la negociación obligada.

Para poder calibrar el alcance del contenido de la negociación de nivel empresarial –al margen de la negociación voluntaria-, a continuación se hace referencia brevemente a las materias objeto de negociación anual obligatoria.

En primer lugar, los salarios efectivos (artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo). Se define como salario efectivo el salario bruto por categoría profesional, con inclusión de las primas y de las retribuciones en especies. Debe tenerse en cuenta que el convenio o acuerdo de empresa no puede derogar una norma convencional de nivel superior en materia de salarios mínimos, siendo ésta una de las escasas excepciones a la posibilidad de derogación de la norma convencional de ámbito superior. En el marco de la negociación sobre los salarios efectivos deberá también abordarse el objetivo de supresión de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres (artículos L. 2242-7 y L. 2242-10 CT).

En segundo lugar, también forma parte de las obligaciones de negociar la duración efectiva y la organización del tiempo de trabajo (artículo L. 2242-8 CT). Esta negociación deberá incluir la duración efectiva del trabajo, las vacaciones retribuidas, los días festivos, los días festivos por reducción del tiempo de trabajo (“jours RTT”), la organización del tiempo de trabajo y, si los trabajadores así lo demandan, la introducción en la empresa del trabajo a tiempo parcial.

Además, la negociación anual obligatoria debe también ser el marco de un examen por las partes negociadoras de la situación del empleo en la empresa, y concretamente sobre el número de trabajadores con rentas bajas –aquellos cuya remuneración se encuentra exonerada, por razón de su cuantía, total o parcialmente de la cotización por prestaciones familiares-; sobre el número de contratos de trabajo de duración determinada; sobre las misiones de trabajo

temporal y sobre el número de jornadas de trabajo efectuadas por trabajadores de ETTs, así como sobre las previsiones anuales o plurianuales de empleo en la empresa (artículo L. 2242-9 CT).

Las materias sobre las que una vez concluido el acuerdo la periodicidad de la negociación pasa a ser trianual son las siguientes:

Por una parte, la negociación de la gestión preventiva del empleo en la empresa (GPEC) (artículos L. 2242- 15 y siguientes CT), a la que nos referiremos con más detalle en el tercer apartado de este artículo.

Además, deberán ser objeto de negociación los objetivos de igualdad profesional entre las mujeres y los hombres (artículo L. 2242-5, 6 y 7 CT). La negociación versará especialmente sobre las condiciones de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, a las condiciones de trabajo y de empleo y particularmente las de los trabajadores a tiempo parcial y, finalmente, la conciliación entre la vida familiar y laboral.

También se deberá negociar sobre las modalidades de ejercicio de la libertad de expresión en la empresa. Si no se alcanza ningún acuerdo, el empleador tiene la obligación de iniciar como mínimo una vez al año una negociación en la materia con el fin de alcanzarlo (artículos L. 2281-5 a 9).

Por otra parte, debe destacarse particularmente la obligación no sólo de negociar sino también de alcanzar un acuerdo (o poner en marcha un plan alternativo) sobre el acceso y el mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad, así como sobre su acceso a la formación (artículos L. 138-24 a 27 del Código de Seguridad Social). Sobre esta materia se volverá también más adelante.

Asimismo, sobre las medidas relativas a la inserción profesional y al mantenimiento en el empleo de los trabajadores discapacitados. La negociación se debe centrar especialmente en las condiciones de acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, las condiciones de trabajo y de empleo, así como sobre las acciones de sensibilización hacia la discapacidad dirigidas al conjunto del personal de la empresa.

Sin una periodicidad marcada una vez alcanzado el acuerdo (mientras éste no exista la negociación tendrá lugar anualmente), el empresario y los representantes sindicales deberán también negociar:

Si no existe acuerdo sectorial sobre la materia, sobre las modalidades de un régimen de previsión social por enfermedad de los trabajadores, así como sobre uno o más dispositivos de ahorro salarial (acuerdo sobre participación en los beneficios –“accord d’intéressement” y “accord de participation”-, plan de ahorro de empresa, plan de ahorro colectivo para la jubilación). Por previsión social por enfermedad se entienden generalmente todos los mecanismos que introduzcan garantías de reembolso de los gastos médicos en aquella parte no cubierta por el seguro público de enfermedad (*assurance maladie*).

Las mencionadas previsiones se encuentran en los artículos L. 2242-11 y L. 2242-12 del CT). Cuando una sucesión de empresa supone el cuestionamiento de la posibilidad de aplicar un acuerdo de participación en los beneficios, el nuevo empleador, en ausencia de acuerdo a aplicar a la nueva empresa, tiene la obligación de iniciar las negociaciones en un período de 6 meses (artículo L. 3313-4 y L. 3323-8 CT).

Cuando como consecuencia de una sucesión de empresa (resultado de una fusión, de una cesión o una escisión) o de un cambio de actividad se cuestiona la posibilidad de seguir aplicando un determinado convenio o acuerdo, debe iniciarse y llevarse a cabo en la empresa en el plazo máximo de un año una negociación ya sea para concluir un nuevo acuerdo que sustituya al anterior, ya sea para adaptar el o los nuevos acuerdos aplicables (artículo L. 2261-14 CT).

Adicionalmente se deberá negociar sobre las medidas a aplicar para conciliar la vida profesional con la carrera sindical y para tomar en cuenta en su evolución profesional la experiencia adquirida, en el marco del ejercicio de los mandatos, por los representantes del personal designados o elegidos (artículo L. 2141-5 CT).

Finalmente, existe también la obligación de negociar lo que ha venido denominándose acuerdos especiales y atípicos. Debemos destacar que se trata de acuerdos de naturaleza distinta a los anteriores e incluso negociales por sujetos distintos, por lo que deben considerarse al margen de las obligaciones de negociar a que se ha hecho referencia anteriormente; sin embargo no dejan de tener un interés y por ello resulta pertinente hacer referencia a los mismos. Entre los acuerdos especiales destacan particularmente los vinculados esencialmente al proceso electoral en la empresa y muy especialmente el protocolo de acuerdo preelectoral (artículos L. 2324-4 y L. 2314-3 CT). El protocolo de acuerdo preelectoral incluye obligatoriamente cláusulas sobre las modalidades de organización y de desarrollo del proceso electoral, la repartición de los trabajadores en colegios electorales, la repartición de los puestos entre las distintas categorías y las vías y medios para alcanzar una representación equilibrada entre hombres y mujeres en las listas de las candidaturas.

2.2. Las remisiones del legislador a la negociación colectiva de empresa

Pero al margen de la expansión de los contenidos de la negociación colectiva de nivel empresarial por la vía de las materias sobre las que el legislador ha impuesto una negociación obligatoria, la negociación de nivel empresarial también se ve reforzada mediante las remisiones que el propio legislador realiza a favor de la regulación convencional empresarial y que posibilitan no sólo la regulación innovadora de determinadas materias sino la derogación de las disposiciones legales y reglamentarias. Como a continuación podrá constatar-

se, dichas remisiones son considerablemente amplias y sobre gran cantidad de materias, aunque destacan las vinculadas al tiempo de trabajo y a su ordenación. Asimismo debe destacarse que en la inmensa mayoría de supuestos el legislador realiza una remisión indistinta tanto a la negociación sectorial como a la de nivel empresarial –por lo que respecto a la inmensa mayoría de materias a las que se hará referencia a continuación puede existir también una regulación a nivel sectorial–, aunque en aplicación de las normas de articulación de estos niveles, a las que anteriormente se ha hecho referencia, en la práctica la negociación de nivel empresarial adquiere un carácter preponderante. Las principales materias en que se produce tal remisión se encuentran vinculadas como se ha referido al tiempo de trabajo y a su organización y son:

En primer lugar, el trabajo nocturno: el artículo L. 3122-33 CT establece que la introducción en una empresa o en un centro de trabajo del trabajo nocturno o su extensión a nuevas categorías de trabajadores se subordinan a la previa conclusión de un convenio o acuerdo sectorial extendido o a un acuerdo de empresa o de centro de trabajo. Por otra parte, el apartado 29 del mismo artículo prevé, en cuanto a la definición del trabajo nocturno –aquél comprendido entre las 21 y las 6 horas–, que ésta pueda ser modificada por un acuerdo de empresa o de centro de trabajo –también de sector– siempre que se trate de 9 horas consecutivas entre las 21 horas y las 7 horas y que comprenda necesariamente el período entre las 24 y las 5 horas. Sin apartarnos de la materia del trabajo nocturno, el artículo L. 3122-34 regula la posibilidad de derogar a la jornada máxima diaria del trabajador nocturno (8 horas) a través de acuerdo de empresa o de centro de trabajo dentro de las condiciones establecidas en norma reglamentaria. También el convenio colectivo de empresa o de centro de trabajo puede introducir el trabajo nocturno para menores –prohibido como regla general– en los sectores autorizados por decreto (artículo L. 3163-2 CT).

Por otra parte, un ámbito en que el convenio o acuerdo de nivel empresarial también puede incidir es la retribución de las horas extraordinarias: el artículo L. 3121-22 CT establece que el acuerdo de empresa o de centro de trabajo puede establecer una retribución inferior a la establecida por el Código de Trabajo (incremento del 25% respecto a la retribución correspondiente a las horas ordinarias para las 8 primeras horas extraordinarias y incremento del 50% a partir de la novena hora extraordinaria), aunque la retribución establecida por el convenio no podrá ser inferior a la de la hora ordinaria incrementada en un 10%. También en materia de horas extraordinarias, el artículo L. 3121-24 CT permite la sustitución del pago de las horas extraordinarias por tiempo de descanso si así lo prevé el convenio de empresa o de centro de trabajo.

En materia de horas complementarias, y en particular en relación al máximo de horas realizables, el artículo L. 3123-18 CT permite que el acuerdo de empresa o de centro de trabajo amplíe la posibilidad de realización de horas

complementarias hasta un tercio de la jornada semanal o mensual del trabajador a tiempo parcial (siendo el máximo establecido en el artículo L. 3123-17 CT de hasta una décima parte de la jornada). El convenio también puede modificar la jornada tomada como referencia.

Otra materia en que se prevé la intervención del convenio o acuerdo de empresa es la regulación del plazo de preaviso en caso de modificación de la repartición del tiempo de trabajo del trabajador a tiempo parcial. El artículo L. 3123-22 CT establece que el acuerdo de empresa o de centro de trabajo puede reducir el plazo de preaviso (7 días) para llevar a cabo una modificación de la repartición del tiempo de trabajo entre los días de la semana o las semanas del mes. Sin embargo, en todo caso, el preaviso deberá ser de como mínimo tres días laborables.

Otra cuestión que puede abordar la negociación empresarial es la ordenación del tiempo de trabajo en base a un período superior a la semana y como máximo igual al año. Así lo prevé el artículo L. 3122-2 CT, que establece que el convenio de empresa o de centro de trabajo deberá incluir –en caso de regular esta cuestión–: las condiciones y plazos de preaviso de los cambios en la duración y en el horario de trabajo, los límites máximos de horas complementarias, las condiciones que se deberán tener en cuenta a efectos de la remuneración de los trabajadores, de las ausencias y de las incorporaciones o partidas durante los períodos de referencia.

El Código de Trabajo también permite por parte de la negociación colectiva empresarial las derogaciones al tiempo de descanso diario. El artículo L. 3131-2 CT permite que el convenio de empresa o de centro de trabajo derogue las previsiones legales de descanso diario mínimo en las condiciones que se fijan reglamentariamente y muy especialmente para las actividades que se caracterizan por la necesidad de asegurar la continuidad del servicio o por períodos fraccionados de intervención.

El trabajo a tiempo parcial, y en concreto el número y la duración de los descansos del trabajador a tiempo parcial son también objeto de remisión por parte del Código de Trabajo a la negociación colectiva de empresa. El artículo L. 3123-16 CT establece que el horario de trabajo del trabajador a tiempo parcial no puede comportar, dentro de una misma jornada, más de una interrupción de la actividad o una interrupción superior a dos horas. Sin embargo, el mismo precepto autoriza a los convenios de empresa o de centro de trabajo a derogar esta disposición de forma expresa o bien a través de la definición de las franjas horarias en las que los trabajadores deben ejercer su actividad y su repartición dentro de la jornada de trabajo, siempre y cuando se establezcan contrapartidas específicas a favor de los trabajadores y se tengan en cuenta las exigencias propias de la actividad ejercida.

El convenio o acuerdo de empresa también puede introducir los equipos de suplencia de turnos. El artículo L. 3132-16 CT establece que en las industrias o

en las empresas industriales un convenio o un acuerdo de empresa o de centro de trabajo puede prever que el personal de ejecución funcione en dos grupos, uno de los cuales, denominado “equipo de suplencia” tiene por única función la sustitución del otro equipo durante el o los días de descanso que les correspondan. Para ello, el descanso semanal de los trabajadores que formen parte del equipo de suplencia tendrá lugar un día distinto al domingo.

Asimismo se atribuye al convenio o acuerdo de empresa la introducción del trabajo fijo discontinuo. Para que en una empresa puedan realizarse contratos de trabajo fijos discontinuos el Código de Trabajo francés exige que esta posibilidad esté prevista expresamente por un convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo –también puede preverse en un convenio o acuerdo sectorial extendido-, con definición de los puestos de trabajo permanentes que por naturaleza comportan una alternancia de períodos trabajados y períodos no trabajados a cubrir mediante esta tipología contractual (artículo L. 3123-31 CT).

De la misma forma la creación del “*compte épargne-temps*”¹⁷ se subordina a que esté prevista por un convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo o, subsidiariamente, por un convenio o acuerdo sectorial (artículo L. 3152-1 CT).

El volumen del contingente de horas extraordinarias que se podrán realizar y las modalidades de ampliación de las horas extraordinarias más allá del mencionado contingente será fijado prioritariamente por el convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo –y subsidiariamente por un convenio o acuerdo sectorial- y sólo en defecto de convenio o acuerdo se aplicará la normativa reglamentaria (artículo L. 3121-11 CT). El convenio o acuerdo también establecerá las características y las condiciones de la contrapartida obligatoria en descanso debida por toda hora extraordinaria realizada más allá del contingente anual y puede prever que las horas extraordinarias realizadas dentro del contingente también se compensen con horas de descanso.

Los acuerdos individuales de “*forfait*”, que suponen una organización del tiempo de trabajo en la que no se establece un horario sino exclusivamente un número determinado de horas a la semana o al mes, o un número de horas o de días al año, pueden concluirse siempre y cuando esté previsto en el convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo –y subsidiariamente en el convenio o acuerdo de sector-. El artículo L. 3121-39 CT establece que el acuerdo deberá prever las categorías de trabajadores susceptibles de concluir un acuerdo individual “*de forfait*”, así como la duración anual del trabajo a partir de la que se establece el “*forfait*” y fija las características principales de estos acuerdos.

También se permite a los convenios y acuerdos de empresa la derogación

¹⁷ El principio del “*compte épargne-temps*” consiste en permitir al trabajador acumular derechos de vacaciones retribuidas o disfrutar de una remuneración, inmediata o diferida, en contrapartida de los períodos de vacaciones o de descanso no disfrutados.

al principio de descanso semanal de dos días consecutivos para los trabajadores menores de edad. El artículo L. 3164-2 CT permite que el convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo, cuando las características de la actividad lo justifiquen, fije las condiciones en que se podrá establecer un período de descanso semanal para los trabajadores menores de edad inferior a los dos días consecutivos fijados por el mismo artículo, siempre y cuando este descanso sea de un mínimo de 36 horas consecutivas.

Lo mismo puede decirse sobre el trabajo de los menores de edad en día festivo, que prohíbe el artículo L. 3164-6 CT. Esta prohibición puede verse derogada por el convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo, siempre y cuando la actividad forme parte de una lista –establecida por decreto- cuando sus particulares características lo justifiquen (artículo L. 3164-8 CT).

El convenio o acuerdo de empresa puede también permitir el aplazamiento de las vacaciones pagadas para los trabajadores cuya jornada se compute anualmente. Este aplazamiento podrá producirse hasta el día 31 de diciembre del año siguiente al año a que corresponden los días de vacaciones, en cuyo caso el convenio o acuerdo deberá precisar las modalidades de remuneración de las vacaciones pagadas aplazadas, los casos precisos y excepcionales de aplazamiento, las condiciones en que este aplazamiento puede tener lugar, a petición del trabajador y con acuerdo del empresario (artículo L. 3141-21 CT).

El permiso por movilidad, que tiene por objetivo favorecer el retorno al empleo estable a través de medidas de acompañamiento, de acciones de formación y de períodos de trabajo, puede ser propuesto por el empresario al trabajador en caso de que la empresa haya firmado un acuerdo de GPEC (artículo L. 1233-77 CT).

Al margen de las cuestiones vinculadas al tiempo de trabajo y a su organización, el Código de Trabajo también remite a la negociación colectiva de empresa la regulación de numerosas otras materias, en particular en materia de ejercicio del derecho de libertad sindical en la empresa, pero también en otras materias como el trabajo de personas discapacitadas, el período de prueba, etc.

Una de estas materias es la duración del mandato de los representantes de los trabajadores. En primer lugar, aunque la designación de los representantes de los trabajadores debe tener lugar, según el artículo L. 2333-3 CT, cada cuatro años, el mismo precepto permite que un acuerdo de empresa o de centro de trabajo fije una periodicidad inferior a los cuatro años, siempre y cuando sea superior a los dos años (artículos L. 2324-25 y L. 2314-27 CT).

También remite el Código de Trabajo al convenio o acuerdo de empresa la puesta a disposición de los trabajadores de publicaciones de naturaleza sindical, ya sea en una página web en el interior de la intranet de la empresa o bien a través de la difusión por medio del correo electrónico de la empresa. El artículo L. 2142-6 CT establece también que el acuerdo de empresa debe definir las

modalidades de esta puesta a disposición o este modo de difusión, precisando especialmente las condiciones de acceso de las organizaciones sindicales y las reglas técnicas para que los trabajadores puedan aceptar o rechazar los mensajes.

En materia de formación, el convenio o el acuerdo de empresa pueden prever modalidades particulares de ejercicio del derecho individual a la formación, fijándose por parte del artículo L.6323-6 CT un mínimo de 120 horas de formación cada seis años. Asimismo, el convenio o acuerdo de empresa pueden establecer que el derecho individual a la formación se ejerza en parte durante el tiempo de trabajo, siendo la regla establecida por el artículo L. 6323-11 CT que el derecho individual a la formación se ejerce íntegramente fuera del tiempo de trabajo.

La aplicación de un programa adecuado a favor de las personas con discapacidad con el fin de sustraerse al cumplimiento de la obligación de empleo de personas con discapacidad (artículo L. 5212-8 CT) puede también establecerse a través de convenio o acuerdo de empresa. También el convenio o acuerdo de empresa puede prever la distribución de la obligación de empleo de los trabajadores discapacitados entre centros de trabajo de una misma empresa (artículo R. 5212-18 CT).

El Código de Trabajo permite que el convenio o el acuerdo de empresa limite la indemnización por finalización de contrato de duración determinada (*indemnit  de pr carit *) a un 6% -cuando el Código de Trabajo prevé que tal indemnización ascienda al 10%- del total de las remuneraciones percibidas por el trabajador a lo largo del contrato, siempre y cuando se establezcan contrapartidas a favor de los trabajadores, prioritariamente en materia de formación. El convenio o el acuerdo de empresa podrá prever, en caso de incluir esta posibilidad, las condiciones en las que estos trabajadores pueden seguir, al margen del tiempo de trabajo efectivo, una evaluación de sus habilidades en el marco de un plan de formación (artículo L. 1243-9 CT).

Por otro lado, el momento de pago de la ayuda por formación podrá establecerse mediante un convenio o acuerdo de empresa (artículo D. 6321-9 CT).

También la puesta a disposición de trabajadores para organizaciones sindicales u organizaciones empresariales vendrá determinado por acuerdo de empresa (artículo L. 2135-8 CT).

Igualmente la fijación del período de prueba en los contratos de puesta a disposición a empresas usuarias viene prioritariamente fijada por el convenio o acuerdo de empresa o de centro de trabajo y subsidiariamente por el Código de Trabajo (artículo L. 1251-14 CT).

El Código de Trabajo permite asimismo que el convenio o el acuerdo de empresa fije un período de prueba con una duración más breve que el establecido por la Ley (artículo L. 1221-22 CT).

Por otra parte la formación de los miembros del Comité de Higiene, Salud y Condiciones de Trabajo (CHSCT) en las empresas que cuenten con menos de 300 trabajadores se regula mediante convenio o acuerdo colectivo, que podrá ser de nivel empresarial (artículo L. 4614-15 CT).

Finalmente, existen también los denominados “acuerdos atípicos”, que son aquellos concluidos por el empresario y los denominados interlocutores no sindicales, esencialmente el comité de empresa y los delegados de personal. Tales acuerdos no tienen naturaleza jurídica de acuerdo colectivo, y se les atribuye valor de compromiso unilateral del empresario vinculante para el mismo. Se exige que el acuerdo atípico sea más favorable que los acuerdos colectivos y que el acuerdo atípico no tenga por objeto ni por efecto atentar contra el monopolio que la ley confiere a las organizaciones sindicales para representar los intereses de los trabajadores en la negociación colectiva; se atentaría contra el monopolio sindical si existiendo representación sindical en la empresa se concluyera un acuerdo con los representantes de los trabajadores que versara sobre las materias objeto de negociación anual obligatoria.

En definitiva, como se ha tenido ocasión de constatar, el ámbito de acción del convenio colectivo y del acuerdo de empresa se han ampliado de forma muy considerable desde 1982 y de forma particularmente acentuada desde 2004. En este sentido, algunos autores consideran que el amplio campo de la negociación a nivel de empresa se consolidará definitivamente e incluso se ampliará más en los próximos años, una vez han quedado –aparentemente– resueltos dos graves problemas de legitimidad que lastraban el máximo desarrollo de este nivel convencional: los requisitos de validez del acuerdo en cuanto a los sujetos que lo suscriben y la determinación de la representatividad sindical a nivel de la empresa¹⁸.

3. PRINCIPALES CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA EMPRESA

3.1 Tiempo de trabajo

El derecho de la duración y de la ordenación del tiempo de trabajo ha sido en los tres últimos decenios y sigue siendo un terreno de experimentación,

¹⁸ “Nada hubiera tenido lugar sin la revolución del acuerdo mayoritario conjugado a partir de ahora con la de la representatividad de las organizaciones sindicales de trabajadores. Habiendo sido esta doble legitimidad actualmente alcanzada, el campo de la regla convencional puede extenderse con una mayor libertad para el acuerdo de empresa, verdadera punta de lanza de una contractualización reforzada del Derecho del Trabajo”. ANTONMATTEI, P-H.: *Quelques propos sur la promotion de l'accord d'entreprise*. Droit Social, núm. 9/10 de 2009, pág. 883.

“laboratorio de reflexión en tanto que ha servido para evoluciones decisivas, incluso de las mentalidades” hacia un derecho más contractual en detrimento de las normas legislativas y reglamentarias¹⁹.

Se pueden establecer tres etapas en la evolución de la regulación del tiempo de trabajo en Francia: una primera etapa se inició en 1982 y se prolongó hasta 1997, etapa durante la que el Estado buscaba impulsar la negociación colectiva del tiempo de trabajo; en segundo lugar, el período de las Leyes Aubry de reducción del tiempo de trabajo entre 1998 y 2002 quedó marcado por un “movimiento de negociación colectiva sin precedentes”²⁰ derivado de la necesidad de adaptar la ordenación del tiempo de trabajo en las empresas a la reducción legal de la jornada máxima; y, finalmente, a partir de 2003 se entra en un período de cuestionamiento de las 35 horas a través de la proliferación de normativa reglamentaria²¹.

La mayor parte de los convenios sectoriales remiten las modalidades de organización del tiempo de trabajo a los acuerdos de empresa. Asimismo, como se ha podido constatar anteriormente, el Código de Trabajo realiza muy numerosas remisiones a la negociación colectiva de nivel empresarial para la regulación de un amplio abanico de elementos configuradores de la ordenación del tiempo de trabajo. No obstante, la negociación abarca también la duración de la jornada de trabajo.

Como ya se ha destacado, un primer punto de inflexión fueron las leyes de 1982, uno de cuyos ejes principales fue el desarrollo de la negociación colectiva, momento en que se introdujo por primera vez la obligación de negociar en el nivel de la empresa y la posibilidad de derogar una norma legal o convencional de nivel superior, todo ello con el objetivo de favorecer la conclusión de compromisos descentralizados en cuestiones como la ordenación del tiempo de trabajo, el empleo y la flexibilidad. Este impulso fue más bien fallido en relación al desarrollo de la negociación a nivel sectorial, sin embargo la negociación de empresa conoció una expansión importante²².

El desarrollo de la negociación colectiva a nivel de empresa recibió un nuevo impulso con las Leyes Aubry de reducción del tiempo de trabajo, puesto que la aplicación de las normas exigía una negociación muy descentralizada para definir las modalidades de reducción del tiempo de trabajo con el fin de favorecer la contratación de nuevos trabajadores sin perjudicar la competitividad de las empresas y garantizando el mantenimiento de los salarios. JOBERT identifica cuatro objetivos prioritarios de las normas de reducción de tiempo

¹⁹ Barthélemy, J. y Cette, G.: *op. cit.* pág. 50 y 57.

²⁰ Jobert, A.: *La négociation collective du temps de travail en France depuis 1982*. Droit Social, núm. 4 de 2010, pág. 368.

²¹ *Ibid.*

²² *Vid. Ibid.*

de trabajo a un máximo de 35 horas semanales: en primer lugar, la creación de empleos estables para cubrir las jornada que dejarían de realizar los trabajadores ya contratados; un segundo objetivo sería estimular la negociación en la empresa, que en aquel momento se consideraba demasiado débil; en tercer lugar se esperaba que las reorganizaciones internas de organización del trabajo condujera a una modernización del aparato productivo de las empresas y a una mejora de la productividad; finalmente, el dispositivo de reducción del tiempo de trabajo tendría por objetivo la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores y a asegurar una mejor conciliación de la vida profesional y de la vida laboral²³.

En este sentido la descentralización negocial parece que no tuvo los resultados previstos por el legislador, puesto que condujo a acuerdos de reorganización productiva que dieron como resultado una flexibilización de la organización del tiempo de trabajo así como la negociación de otras contrapartidas en general perjudiciales para los intereses de los trabajadores. De hecho, ya desde el inicio se observó que en muchos acuerdos sectoriales pero también de empresa como consecuencia de las amplias posibilidades de negociación empresarial, se buscaba esquivar la aplicación de la ley, mediante por ejemplo el aumento de las horas extraordinarias que se podían realizar o la definición restrictiva del tiempo de trabajo, excluyendo del mismo tiempos de descanso, de vestuario, etc. Por otra parte, numerosos estudios estimaron que la creación de nuevos empleos fue sustancialmente menor de la prevista, aunque las cifras concretas fueron muy controvertidas. A partir de 2002, con la entrada de un gobierno de la derecha, se inició un proceso de desmantelamiento de la reducción del tiempo de trabajo por vía reglamentaria, ampliando paralelamente el campo y la autonomía de la negociación de empresa, favoreciendo asimismo los acuerdos individuales entre trabajador y empresario para derogar determinados acuerdos colectivos y ampliando las posibilidades de decisiones unilaterales del empresario en materia de organización del tiempo de trabajo²⁴.

La Ley de 4 de mayo de 2004 abrió a las empresas y a los centros de trabajo la posibilidad de negociar sobre ámbitos que hasta entonces el Código de Trabajo reservaba al convenio de sector, con el fin de derivar hacia la negociación colectiva más descentralizada la regulación de los aspectos más esenciales del tiempo de trabajo, aunque el Estado mantiene una cierta influencia sobre las prácticas en materia de tiempo de trabajo a través de las reducciones y bonificaciones fiscales y de Seguridad Social que establece. Algunos de estos ámbitos más destacados en materia de tiempo de trabajo y a los que ya se ha hecho referencia anteriormente son: el preaviso para la modificación de los horarios, el número

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

y la duración de los descansos y el número máximo de horas extraordinarias en el trabajo a tiempo parcial, el número máximo y la remuneración de las horas extraordinarias, la duración máxima y semanal media en el trabajo nocturno, el tiempo mínimo de descanso diario y de descanso semanal de los menores y los equipos de suplencia, entre otros. Cabe también subrayar que el régimen del trabajo a tiempo parcial es uno de los ámbitos con mayor margen de negociación.

Al margen de los ámbitos en que la ley establece expresamente la remisión a la negociación colectiva de empresa, considerando el nivel de empresa como el adecuado para su regulación, la Ley de mayo de 2004 previó también, como vimos, materias en que la negociación colectiva a nivel de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo, podía derogar, salvo prohibición expresa de la norma convencional de nivel superior, las estipulaciones de dicho convenio de ámbito superior y que, muy resumidamente, eran: la anualización o la modulación del tiempo de trabajo en todo o parte del año, la bonificación de las primeras horas extraordinarias realizadas, la determinación del tiempo en que se deberá disfrutar de descanso en compensación por la realización de horas extraordinarias, el trabajo a turnos, la fijación del periodo de referencia para tener derecho a disfrutar de vacaciones²⁵ o la modificación del periodo de disfrute de vacaciones. A partir de 2008 desaparece, para la mayor parte de las materias que conforman el ámbito de la ordenación del tiempo de trabajo, la posibilidad de que el convenio de ámbito sectorial excluya la posibilidad de que el convenio de empresa establezca disposiciones contrarias al primero, por lo que el convenio de empresa se convierte definitivamente en el principal instrumento regulador en la materia, convirtiéndose el convenio o acuerdo de sector en supletorio. Sin embargo, parece que hasta el momento no se ha podido constatar un amplio movimiento de desarrollo de la negociación empresarial, habiéndose apuntado razones como los nuevos criterios de representatividad o la situación transitoria con numerosos cambios en el derecho colectivo del trabajo, fuente de numerosas incertidumbres.

En definitiva, en la actualidad la duración y la organización del tiempo de trabajo se determina esencialmente a través de la negociación colectiva de empresa o de centro de trabajo, de acuerdos individuales entre el trabajador y el empresario y de decisiones unilaterales de los empresarios, quedando reducidos los límites a esta inmensa libertad contractual se determinan principalmente por la legislación europea²⁶, lo que se ha valorado como un gran riesgo para las condiciones de trabajo de los trabajadores y un peligro cierto de incremento de las desigualdades entre trabajadores²⁷.

²⁵ La normativa francesa exige que se haya trabajado un tiempo mínimo para tener acceso al disfrute de vacaciones.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

3.2. Examen de la evolución del empleo en la empresa

El artículo L. 2242-9 del Código de Trabajo establece que la negociación anual es la ocasión para realizar por las partes negociadoras un examen de la evolución del empleo en la empresa, especialmente –estableciendo, en consecuencia, una lista abierta- sobre el número de contratos de duración determinada, los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, y el número de jornadas de trabajo efectuadas por los trabajadores, así como sobre la previsión anual o plurianual de empleo establecida por la empresa.

El volumen y la calidad del empleo no son, pues, en sí mismos materia de negociación obligatoria, lo que evidentemente no impide que tal negociación tenga lugar y se pueda alcanzar un acuerdo en la materia.

La propia Administración ha aclarado qué debe entenderse por “examen” de la evolución del empleo en la empresa, tratándose de un análisis y de una reflexión efectuadas en común con las organizaciones sindicales de trabajadores (Nota técnica DE/DRT n° 94-10, de 14 de febrero de 1994).

3.3. Negociación sobre la libertad de expresión en la empresa

El artículo L. 2281-1 del Código de Trabajo establece que los trabajadores tienen derecho a la expresión directa y colectiva sobre el contenido, las condiciones de ejercicio y la organización de su actividad laboral. La ley impone la negociación de las condiciones del ejercicio de la mencionada libertad de expresión en aquellas empresas en que se encuentren constituidas una o más secciones sindicales que hayan designado un delegado sindical. Si la negociación no conduce a ningún acuerdo, el empleador deberá iniciar una nueva negociación transcurridos doce meses desde el inicio de la negociación anterior, plazo que se repite mientras no se alcance un acuerdo. Una vez el acuerdo ha sido concluido, éste deberá ser evaluado y renovado o renegociado cada tres años. En cuanto al contenido del acuerdo, éste debe consistir en medidas destinadas a asegurar la libertad de expresión tanto individual como colectiva de los trabajadores y para permitir la transmisión al empleador de las demandas y las propuestas de los mismos, así como las modalidades conforme a las cuales éstos emitirán su opinión cuando deban ser consultados por el empresario y la transmisión por parte de los representantes de los trabajadores a éstos de información (transmisión de resúmenes de reuniones, las respuestas del empleador, etc.). En concreto, el acuerdo sobre las modalidades del derecho de expresión comporta obligatoriamente cláusulas sobre el nivel (la composición y la dimensión de los grupos de expresión), el modo de organización, la frecuencia y la duración de las reuniones que permitan el derecho de expresión de los trabajadores.

Por otra parte, el Código de Trabajo también prevé que el acuerdo contenga las especificidades del derecho de libertad de expresión para los trabajadores de alta dirección y los mandos intermedios, es decir, aquéllos cuyas funciones los aíslan del resto de trabajadores.

3.4. Negociación sobre el empleo de los trabajadores de edad

La cuestión de la contratación y, sobretudo, del mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad se ha incorporado en años recientes a la negociación de nivel empresarial, y lo ha hecho mediante una obligación no sólo de negociar sino de o bien alcanzar un acuerdo o bien aprobar un plan de acción, bajo la amenaza de sanciones económicas en caso de no ser así.

Francia posee una de las tasas más bajas de actividad de los mayores de 55 años de entre los países de la Unión Europea y ello es en gran parte debido a una sostenida política construida sobre la idea de que era necesario que los mayores abandonaran el mercado de trabajo, tanto para ellos mismos (para que pudieran “disfrutar de la vida”) como para los más jóvenes (para “dejarles sitio”)²⁸. Ello propició el asentamiento de prácticas a día de hoy muy consolidadas y que está resultando muy difícil cambiar. Con el objetivo de conseguirlo se impulsó, entre muchas otras medidas, la negociación obligatoria en el nivel sectorial y, posteriormente, en la empresa.

La negociación sobre el acceso y el mantenimiento en el empleo, así como sobre la formación profesional de los trabajadores de edad deberá tener lugar cada tres años. Esta obligación fue introducida en 2003 mediante la ley de reforma de las pensiones (Ley nº 2003-775, de 21 de agosto) para las empresas y grupos de empresas de 300 o más trabajadores, debiéndose establecer objetivos cuantificados de empleo de trabajadores de edad.

A partir de 2009 las empresas y los grupos de empresas que cuenten con una plantilla de un mínimo de 50 trabajadores tienen la obligación no sólo de negociar sino de alcanzar un acuerdo o elaborar un plan de acción –en caso de que las negociaciones fracasen y no se consiga alcanzar un acuerdo y previa consulta al comité de empresa o a los delegados de personal- relativo al empleo de los trabajadores de edad. En caso contrario, la empresa se verá sometida a sanciones financieras, a las que sólo podrán escapar las empresas y grupos de empresas que tengan entre 50 y 300 trabajadores cuando exista un acuerdo sectorial en la materia. Estas sanciones económicas serán equivalentes a un 1% del volumen salarial de la empresa durante todo el tiempo en que ésta carezca de acuerdo o de plan de acción.

²⁸ Verkindt, P.-Y.: *La négociation d'entreprise sur les seniors*. Droit Social, núm. 9/10 de 2009, pág. 915.

El acuerdo, cuya duración máxima asciende a tres años, deberá contener un objetivo concretado en cifras de mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores de 55 años o de contratación de trabajadores mayores de 50 años. En segundo lugar, el acuerdo deberá contener disposiciones favorables al mantenimiento en el empleo y a la contratación en como mínimo tres ámbitos dentro de una lista fijada por decreto²⁹: para cada ámbito de acción seleccionado, el acuerdo o el plan deben establecer objetivos cuantificados de mantenimiento del empleo o de contratación de trabajadores de edad; la doctrina ha considerado que no alcanzar los objetivos fijados no puede ser objeto de sanción, puesto que la sanción se dirige a la falta de cobertura de la empresa por un acuerdo en la materia³⁰. Asimismo se deben fijar las modalidades de seguimiento de la aplicación de las disposiciones anteriores y de realización del mencionado objetivo.

De entre las tres temáticas principales a abordar en la negociación sobre los trabajadores de edad (acceso o retorno al empleo, mantenimiento en el empleo y formación profesional), la primera de ellas ha sido calificada como particularmente delicada y difícil de gestionar porque implica de forma natural la idea de cuotas y de discriminación positiva, por lo que los acuerdos que se concluyen se muestran generalmente muy prudentes y se limitan a la afirmación de principios³¹. En cambio, en materia de mantenimiento en el empleo los acuerdos son más específicos e incluyen disposiciones para limitar las posibilidades de extinción del contrato de trabajo del trabajador de edad, ofreciendo también alternativas a la ruptura, ya sea a través de la creación de empleos de transición, adaptaciones de movilidad profesional o prestando una particular atención a las condiciones de trabajo y a la empleabilidad³². También en materia de formación profesional los acuerdos son más completos.

3.5. Acuerdos de mantenimiento del empleo

Los acuerdos de mantenimiento del empleo (*accords de sauvegarde de l'emploi*) consisten en acuerdos mediante los que el empleador se compromete a no llevar a cabo despidos por causa económica a cambio de que los trabaja-

²⁹ Estos ámbitos son:

- contratación de trabajadores de edad
- anticipación de la evolución de las carreras profesionales
- mejora de las condiciones de trabajo y prevención de las situaciones de penosidad
- desarrollo de las competencias y de las cualificaciones y acceso a la formación
- organización de los fines de carrera y de la transición entre la actividad y la negociación
- transmisión de conocimientos y de competencias y desarrollo de tutorías de trabajadores jóvenes

³⁰ *Vid.* Verkindt, P-Y.: *op. cit.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

dores renuncien a determinados derechos, concretándose normalmente en una disminución de la remuneración o la supresión de ventajas colectivas, usos o compromisos unilaterales del empleador (por ejemplo, supresión de días festivos derivados de la reducción del tiempo de trabajo –“*jours RTT*”). Se trata de acuerdos que responden de forma paradigmática al concepto acuñado en Francia de acuerdos “*donnant-donnant*”, es decir, acuerdos en que cada una de las partes renuncia con una intensidad equiparable a sus pretensiones o a sus derechos. Este tipo de acuerdos han sido avalados por la jurisprudencia de la Cour de Cassation.

La doctrina ha discutido sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos y el grado de exigibilidad de los compromisos en ellos adoptados. Aunque la mayoría de autores entiende que el compromiso de no llevar a cabo despidos por causa económica es exigible como obligación de resultado, debiendo ser cualquier despido por causa económica que tenga lugar durante la vigencia del acuerdo calificado como improcedente, hay también quien se ha manifestado a favor de que se considere una obligación de medios y no de resultado cuando los términos del acuerdo no sean completamente claros en la materia.

3.6. Los acuerdos de método

Se han venido denominando acuerdos de método aquellos que fijan un procedimiento para llevar a cabo un despido por causas económicas, es decir, que permiten avanzar cómo se deberá negociar en el futuro, si se da la circunstancia, un Plan de Preservación del Empleo (Plan de Sauvegarde de l'Emploi, PSE). Los acuerdos de método fueron regulados de forma experimental por la Ley nº 2003-6, de 3 de enero, para el relanzamiento de la negociación colectiva en materia de despidos por causa económica. La posibilidad de llevar a cabo tales acuerdos, inicialmente durante el período de 18 meses posteriores a la aprobación de la ley de 2003 fue posteriormente prorrogada de forma indefinida (Ley de cohesión social, de 20 de diciembre de 2004); la duración máxima del acuerdo será en todo caso de 2 años.

Esencialmente, los acuerdos de método fijan las modalidades de consulta al comité de empresa cuando el empresario tiene intención de llevar a cabo un despido por causas económicas, siempre y cuando el despido afecte a un mínimo de 10 trabajadores en un período de 30 días. En consecuencia, el ámbito en que pueden celebrarse acuerdos de método es considerablemente limitado, puesto que de entrada sólo podrán tener lugar en empresas con más de 50 trabajadores (aquellas que pueden tener un comité de empresa). Sin embargo, en empresas de más de 50 trabajadores que no tengan comité de empresa no será posible negociar un acuerdo de método, como tampoco lo será en cualquier empresa que efectúe un despido de menos de 10 trabajadores en un período de

30 días. Tampoco se podrá concluir un acuerdo de método en las empresas que se encuentren en concurso (“*redressement*” o “*liquidation judiciaire*”).

En cuanto al contenido del acuerdo, éste puede derogar las disposiciones del Código de Trabajo en materia de información y consulta del comité de empresa en caso de despido por causa económica; sin embargo esta posibilidad de derogación está limitada, no pudiendo ser modificadas las disposiciones sobre la información que debe transmitirse al comité de empresa, así como las disposiciones sobre el derecho del comité de empresa de formular sugerencias relativas a las medidas sociales propuestas y de recibir una respuesta motivada a tales sugerencias, las modalidades de reunión y de consulta del comité de empresa en caso de que la empresa se encuentre en situación de concurso. Es preciso subrayar que el resto de disposiciones en materia de despido por causa económica no pueden ser afectadas por el acuerdo de método. Sin embargo, el acuerdo de método sí que puede determinar las condiciones en que, si se da el caso, es decir, si en el futuro se plantea un despido por causas económicas, se deberá negociar un plan de preservación del empleo (“*plan de sauvegarde de l’emploi*”, PSE); ello no permite sin embargo regular el contenido del plan de preservación del empleo, aunque si las disposiciones sobre el seguimiento de la aplicación del plan.

Una primera valoración llevada a cabo en el seno de la Asamblea Nacional francesa³³ poco más de un año después de la promulgación de la ley concluyó que los acuerdos de método tenían principalmente tres finalidades: en primer lugar, procurar seguridad jurídica al empleador –en este sentido, algunos acuerdos incluyen cláusulas de renuncia a futuras acciones judiciales; en segundo lugar, la voluntad de adaptar los procedimientos y los plazos a las necesidades de la reestructuración en la empresa y, finalmente, el refuerzo de los medios de información y de intervención de los trabajadores y de sus representantes.

3.7. La negociación sobre la gestión preventiva del empleo en la empresa (GPEC)

El artículo L. 2242-15 del Código de Trabajo establece una obligación de negociar en materia de gestión preventiva del empleo y la prevención de las consecuencias de las mutaciones económicas. Esta obligación de negociar se introdujo el año 2005. La obligación de negociar sobre la GPEC se inscribe en un contexto en que, como consecuencia del avance de la globalización y de las incertidumbres que ello comporta, las direcciones de las empresas necesitan anticipar las mutaciones económicas, tecnológicas, organizacionales, y ajustar

³³ Rapport de D. Dord, Ass. Nat. n° 1673.

la estrategia y la gestión de los recursos humanos a la aceleración de los cambios, paralelamente a la necesidad de los trabajadores de anticipar las competencias que les serán demandadas y los empleos que podrán ocupar, así como, en el plano colectivo, negociar desde el primer momento posible los efectos de las reestructuraciones que se producirán en la empresa³⁴.

Las empresas afectadas por esta obligación de negociar son aquellas que empleen a un mínimo de 300 trabajadores –también los grupos de empresa de un mínimo de 300 trabajadores–, así como las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria³⁵ que dispongan de cómo mínimo un centro de trabajo o una empresa de 150 trabajadores en Francia.

La obligación de negociar, que es trianual, versa, en primer lugar, sobre las modalidades de información y consulta al comité de empresa sobre la estrategia de la empresa así como sus efectos previsibles sobre el empleo y sobre los salarios; no se trataría de negociar directamente sobre la estrategia de la empresa, sino de definir las condiciones en las que el comité de empresa deberá ser informado y consultado sobre la misma. En cuanto a la estrategia de la empresa, ésta incluye la creación, la reorganización o supresión de actividades, la búsqueda de nuevos mercados o abandono de mercados hasta el momento explotados, proyectos de implantación en el extranjero (con o sin deslocalización de actividades hasta el momento ejercidas en Francia)³⁶.

En segundo lugar, se debe negociar la implantación de un dispositivo de gestión preventiva del empleo y de las competencias (*“gestion prévisionnelle de l’emploi et des compétences”*, GPEC), negociación de la que se deberá informar al comité de empresa; asimismo, la obligación de negociar comprende las medidas de acompañamiento, en particular en materia de formación, de validación de la experiencia profesional y de las competencias, así como de acompañamiento de la movilidad profesional y geográfico de los trabajadores. La negociación de la GPEC se inscribe, pues, en la anticipación de los problemas del empleo y en consecuencia la eventual prevención de despidos y la evolución de las competencias, sin que necesariamente se cuestione el volumen de empleo en la empresa³⁷.

Por otra parte, en las empresas que empleen a 300 trabajadores o más, en los grupos de empresas y en determinadas empresas o grupos de empresas de

³⁴ Rouilleault, H.: *Obligation triennale de négocier, où en est-on?*. Droit Social, núm. 9/10 de 2007.

³⁵ Aquellas que empleen un mínimo de 1000 trabajadores en los Estados miembros de la Unión Europea y del espacio económico europeo que tengan como mínimo un centro de trabajo con un mínimo de 150 trabajadores como mínimo en dos Estados.

³⁶ Teyssié, B.: *À propos d’une négociation triennale: commentaire de l’article L. 320-2 du Code du Travail*. Droit Social, núm. 4 de 2005.

³⁷ Bélier, G.: *Des liens limités entre GPEC et licenciement pour motif économique (PSE)*. Revue de Droit du Travail. Mayo de 2007.

ámbito comunitario³⁸ que igualmente empleen a un mínimo de 300 trabajadores, la negociación deberá incluir las condiciones de retorno y de mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad y sobre su acceso a la formación profesional. En estas empresas el Código de Trabajo también obliga a negociar sobre el desarrollo de la carrera profesional de los trabajadores que ejerzan responsabilidades sindicales y la conciliación con el ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, y en este caso de manera voluntaria, la negociación sobre la GPEC puede incluir el contenido del acuerdo de método sobre los procedimientos de despido colectivo en materia de intervención del comité de empresa. Al margen de ello, la negociación también podrá incluir la cualificación de las categorías de los puestos de trabajo amenazados por las evoluciones económicas o tecnológicas y la organización de bajas voluntarias de los trabajadores afectados en condiciones ventajosas tanto desde el punto de vista social como fiscal.

En definitiva, mediante la negociación de la GPEC se busca la prevención de la supresión de empleos y en consecuencia de despidos por medio del acompañamiento de la evolución cualitativa de los mismos, es decir, de su transformación progresiva³⁹, aunque debe recordarse que la obligación es de negociar, no de concluir, lo que ha sido criticado por algunos autores, que entienden que si la GPEC es indudablemente útil y permite anticipar mejor las consecuencias sociales de las reestructuraciones, habría sido más útil convertir su aplicación en obligatoria, siendo entonces la negociación colectiva un medio para el cumplimiento de la obligación⁴⁰.

En cuanto al balance de la aplicación de la obligación de negociar sobre la gestión preventiva del empleo y de las competencias, éste se ha valorado como débil cuantitativamente pero con una importante aportación cualitativa⁴¹.

3.8. Negociación sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres

La negociación sobre los objetivos de igualdad profesional entre hombres y mujeres, que se introdujo en 2001 y se reforzó en 2006, es también, como se ha avanzado, obligatoria anualmente hasta que se alcance un acuerdo y cada tres años una vez el acuerdo ya se haya alcanzado. La negociación deberá centrarse principalmente sobre las condiciones de acceso al empleo, a la for-

³⁸ Aquellas cuya sede social se encuentre en Francia, aquellas cuya sede social no se encuentre en Francia pero hayan designado un representante en Francia, y aquellas cuyo centro de trabajo con más trabajadores se encuentre en Francia.

³⁹ Legrand, H.-J.: *Sur un nouvel objet juridique non identifié: la "GPEC"*. Droit Social, núm. 3 de 2006.

⁴⁰ Antonmattéi, P.-H.: *GPEC et licenciement pour motif économique: le temps des confusions judiciaires*. Droit Social, núm. 3 de 2007.

⁴¹ Favennec-Héry, F.: *La GPEC: l'environnement juridique*. Droit Social, núm. 11 de 2007.

mación y a la promoción profesional, las condiciones de trabajo y de empleo -en particular, las de los trabajadores a tiempo parcial- y sobre la conciliación entre la vida profesional y las responsabilidades familiares. Al margen de esta negociación, es preciso apuntar que en el marco de la negociación sobre los salarios efectivos debe también abordarse la negociación de medidas que permitan suprimir las diferencias salariales entre mujeres y hombres. A pesar de que la eliminación de las diferencias salariales debe abordarse desde la negociación sobre los salarios efectivos, la desigualdad salarial debe ser también el hilo conductor desde el que se aborden las materias propias de la negociación sobre la igualdad profesional, puesto que la búsqueda de la igualdad de situaciones profesionales deberá llevar a la igualdad de remuneraciones. Algunos ejemplos de medidas a impulsar pueden ser los siguientes: modificación del esquema de clasificación profesional, campaña de formación continua dirigida prioritariamente a las mujeres, reducción de la contratación a tiempo parcial, modificación de las prácticas de selección y promoción profesional, etc. (Circular SDFE/DGEFP/DGT de 19 de abril de 2007).

Para reducir las diferencias salariales primeramente deben cuantificarse tales diferencias, por lo que el empresario debe presentar en las empresas que cuenten con un mínimo de 50 trabajadores al comité de empresa o a los delegados de personal un informe anual sobre la situación comparada de las condiciones generales de trabajo y de formación de las mujeres y de los hombres en la empresa.

Los resultados de la obligación de negociar fueron durante los primeros años de aplicación de la obligación de negociar más bien escasos (sólo un 1'6% de los acuerdos de empresa abordaban el tema en 2006⁴²) habiéndose incrementado el anterior porcentaje desde el reforzamiento de la obligación de negociar en 2006.

4. CONCLUSIONES

Francia ha vivido desde hace ya más de dos décadas un progresivo proceso de dotación de contenido a la negociación colectiva de nivel empresarial principalmente a través de dos vías: en primer lugar, lo que se ha venido a denominar como obligaciones de negociar, materias en las que el legislador impone la negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores con una determinada periodicidad -de uno o tres años, en función de la materia- y, en segundo lugar, a través de las remisiones del legislador a la negociación colectiva de empresa, cada vez más numerosas.

⁴² *Vid.* Chevillard, A.: *Négociation collective d'entreprise et suppression des écarts de rémunération entre les femmes et les hommes*. Droit Social, núm. 9/10 de 2009.

La progresiva ampliación de las materias que debían ser objeto de negociación en la empresa —en empresas de cierta dimensión— ha sufrido una importante aceleración en los últimos años, habiéndose introducido obligaciones de negociar en un buen número de ámbitos. Es preciso destacar que, si bien la introducción de las obligaciones de negociar (que no lo son de alcanzar acuerdos) no ha dado durante mucho tiempo los resultados esperados, debe subrayarse que las materias que han sido introducidas más recientemente en la lista de obligatorias para la negociación han ido acompañadas de la previsión de sanciones económicas a las empresas que no cumplieren los objetivos que deben ser objeto de acuerdo (o incluidos en un plan de acción), y ésta parece ser la tendencia futura, por lo que es de esperar en los próximos años un afianzamiento de la ampliación de contenidos de la negociación colectiva de empresa como consecuencia de las obligaciones de negociar.

Por otra parte, las remisiones del legislador a la negociación colectiva de empresa para desarrollar o adaptar preceptos legales e incluso para introducir regulaciones distintas a los mismos han crecido exponencialmente, en un contexto marcado por una voluntad de favorecer la negociación colectiva de empresa frente a niveles superiores.

LA INTERMEDIACIÓN LABORAL A NIVEL AUTÓNOMICO: SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO VERSUS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ

Profesor Colaborador del Dpto. de Política Económica y Estructura Económica Mundial
Universidad de Barcelona

EXTRACTO:

Palabras Clave: Colocaciones, cuota de mercado, tasa de empleo, tasa de temporalidad.

El objetivo del artículo es doble: por un lado, analizar la labor de intermediación laboral de los Servicios Públicos de Empleo (SPE) por Comunidades Autónomas y su comparación con la actividad de las empresas de trabajo temporal (ETT) y por otro, relacionar el alcance de la intermediación pública y privada con la situación de los mercados de trabajo regionales. Los resultados obtenidos nos permiten afirmar que la presencia de los servicios públicos en el ámbito de la colocación es muy inferior a la de las ETT en todas las comunidades excepto en Extremadura. Por otra parte, a partir del análisis realizado podemos señalar las diferencias entre comunidades y establecer por tanto, donde funcionan mejor o peor las oficinas públicas y las agencias privadas. Por regla general, en los mercados de trabajo regionales donde se registran mejores datos en términos de tasas de empleo y de temporalidad, la cuota de mercado de las ETT en la intermediación laboral superior a la media española, mientras que ocurre lo contrario con la cuota de los SPE.

ABSTRACT

Key Words: Collocation, market share, employment rate and temporality rate

The objective of the present article is twofold: perform an analysis of labour intermediation of the Employment Social Services (SPE in its Spanish Acronym for Servicio Públicos de Empleo) by the Autonomous community and its comparison with the activity of the Temporary work agency and also, relate the intermediation public and private services with the current regional employment market.

The results obtained allow us to confirm that the Public Services collocation or placement of workers is lower than in Temp work agencies in all communities except in Extremadura. Moreover, from our analysis we can see the differences between communities and establish, as such, where the Temp-agencies vs. the Public Employment Services work better or worse. In general terms, in local regional employment markets, we find better employment rates and temporality as an average figure of the Spanish situation, and this is because of the Temp-agency labour intermediation services, whereas for the Employment Social Services occurs exactly the opposite.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. APERTURA Y DESCENTRALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE EMPLEO
3. ANÁLISIS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL A NIVEL AUTONÓMICO
4. RELACIÓN INTERMEDIACIÓN LABORAL Y MERCADO DE TRABAJO
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos de empleo desarrollan las tres grandes misiones de las políticas de mercado de trabajo: la gestión de las prestaciones por desempleo, la aplicación de programas de formación y otras medidas activas y finalmente la intermediación laboral. Esta última función consiste en un conjunto de acciones cuyo objeto es poner en contacto las ofertas procedentes de las empresas con los demandantes de empleo para su colocación.

En términos generales, un buen funcionamiento de los servicios de intermediación laboral puede contribuir a reducir los costes de búsqueda de empleo y la duración de las vacantes y en definitiva a mejorar el ajuste entre oferta y demanda de trabajo, tal como se deriva del análisis de los modelos de búsqueda (Mortensen, 1986).

Por tanto, los intermediarios públicos y privados pueden incrementar la cantidad y la calidad de la información disponible para disminuir la duración de los períodos de paro y facilitar así las transiciones del paro al empleo. Las agencias de empleo privadas pueden actuar como agencias de colocación, empresas de trabajo temporal, empresas de selección de personal y agencias de recolocación según lo establecido en el convenio 181 de la OIT que fija estrictos controles en beneficio de los demandantes de empleo (Serrano, 2009).

Una de las principales líneas de reforma de los SPE en los países de la Unión Europea ha sido la descentralización. El objetivo del proceso de descentralización es facilitar el acceso y la adaptación de las medidas de política de empleo a los cambios que se han producido en el mercado de trabajo regional o local, así como a la diversidad de necesidades que tienen los usuarios de los SPE, que hace que estos últimos deban elaborar estrategias apropiadas al mercado laboral de referencia (Thuy et al., 2001). Dicho proceso requiere una reducción efectiva de las competencias de la autoridad central, transfiriendo la responsabilidad de formular las políticas a los niveles inferiores. A nivel central solo se determinarán las grandes orientaciones de la política de empleo.

El interés por el análisis de la intermediación laboral a nivel autonómico radica en dos hechos fundamentales acaecidos en la década de 1990 y que

cambarán la fisonomía del Servicio Público de Empleo en España: la ruptura del monopolio del INEM en el ámbito de la colocación y el proceso de descentralización de las políticas activas de empleo desde el INEM hacia las Comunidades Autónomas.

Las funciones de intermediación laboral, principalmente las relativas a la inscripción y registro de los demandantes de empleo y puestos de trabajo ofrecidos por parte de las empresas para su gestión, pueden ser consideradas como el origen de los servicios públicos de empleo autonómicos. Sin embargo, en la actualidad, los servicios públicos de empleo autonómicos han asumido prácticamente la función de regulación del mercado de trabajo de manera que su ámbito de actuación no se limita a la gestión de la intermediación laboral, sino que engloba un conjunto de funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo.

Nuestro estudio pretende por un lado, analizar la labor de intermediación de los servicios públicos de empleo de las comunidades autónomas y su comparación con la labor realizada por las empresas de trabajo temporal y por otro, relacionar el alcance de la intermediación pública y privada con la situación de los mercados de trabajo regionales. Después de revisar el proceso de apertura y descentralización del servicio público de empleo en España, se analizan los resultados de la intermediación laboral a nivel autonómico. A continuación se relacionan las diferencias observadas entre los SPE y las ETT con las tasas de empleo y de temporalidad de los mercados de trabajo de las distintas comunidades. El estudio finaliza estableciendo las principales conclusiones y remarcando las medidas propuestas recientemente con el objetivo de mejorar la actividad de intermediación de los SPE.

2. APERTURA Y DESCENTRALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO

El servicio público de empleo en España registra dos cambios fundamentales que transformarán su estructura monopolista y centralizada de forma definitiva.

El primero es la supresión del monopolio de la colocación del INEM. Dicho cambio supone una apertura progresiva hacia mayores ámbitos de actuación para las iniciativas privadas, tanto en materia de colocación como de prestamismo laboral (Casas y Palomeque, 1994). A partir de ese momento se autoriza la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos y se permite la actividad de las empresas de trabajo temporal. En consecuencia, el SPE además de perder el carácter exclusivo como único agente autorizado para la intervención en el mercado de trabajo, pierde también su carácter obligatorio.

Los empresarios ya no tendrán la obligación de contratar a través del INEM, aunque si persiste la obligación de inscribirse en el INEM para los trabajadores que demandan empleo.

La modificación de las estructuras del antiguo INEM incluye la apertura a nuevos intermediarios y la colaboración con otras instituciones para desarrollar sus funciones. Este nuevo escenario está compuesto por tres agentes tal y como señala Rodríguez-Piñero (1994):

1) Las empresas de trabajo temporal se definen como aquéllas cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El ámbito de actuación se limita a determinados supuestos de necesidad temporal de mano de obra, a la vez que se establece un sistema de derechos para los trabajadores temporales.

2) Las agencias de colocación sin fines lucrativos colaborarán con el INEM en la intermediación en el mercado de trabajo. Su finalidad esencial será la de ayudar a los trabajadores a encontrar un empleo y a los empresarios a contratar a los trabajadores adecuados para cubrir sus necesidades. Dichas agencias tienen un carácter territorial, profesional o se inscriben en la economía social. En el ámbito territorial aparecen los primeros servicios de colocación autonómicos: servicios de colocación catalán, gallego, valenciano y vasco.

3) Los servicios integrados para el empleo son un instrumento básico para organizar y articular la política activa de empleo. Con ese objetivo asumen la coordinación de la gestión de todas las etapas del proceso que lleva a la inserción de los demandantes de empleo en el mercado laboral. La mayoría de entidades que constituyeron un servicio integrado para el empleo fueron ayuntamientos, mancomunidades de municipios, organizaciones sin ánimo de lucro, sindicatos y patronales.

El segundo cambio experimentado por el SPE en España es el proceso de descentralización desde el antiguo INEM hacia las Comunidades Autónomas, iniciado con los traspasos de la gestión de la formación ocupacional (FPO) a partir de 1992 y completado con el traspaso de la ejecución de todas las políticas activas de mercado de trabajo (intermediación en el mercado laboral y medidas de fomento del empleo) a las CC.AA. a partir de 1998 y que finaliza en 2003⁴³.

⁴³ Tal es el caso de Cataluña y Galicia, aprobándose en 1997 el traspaso de la gestión del INEM que es efectivo desde el 1 de enero de 1998. Entre 1999 y 2001 se amplía el traspaso a Canarias, Navarra, Comunidad Valenciana, Madrid, Asturias, Extremadura, Castilla-León, Baleares, La Rioja y Cantabria. Finalmente, entre 2002 y 2003 se completan los traspasos a Aragón, Castilla-la Mancha, Murcia y Andalucía. La excepción en este proceso es el País Vasco, donde no ha culminado dicho traspaso hasta el 1 de enero de 2011. En la mayoría de los casos la creación de un servicio público de empleo autonómico se produce después del traspaso de las políticas activas. No obstante, en Extremadura, Andalucía, Murcia e Islas Baleares se creó primero el Servicio Público de Empleo y posteriormente se produjo el traspaso de competencias.

El proceso de descentralización supone una nueva configuración del SPE que establece un modelo único y estatal de carácter gratuito, descentralizado y gestionado por las CC.AA. Desde ese momento, el Sistema Público de Empleo se compone del Servicio Público de Empleo Estatal (INEM) y de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias. El primero mantiene la gestión de la protección por desempleo, mientras que las CC.AA. gestionan la intermediación laboral y las políticas activas.

El diseño institucional que se deriva de los cambios acaecidos en el SPE viene recogido en La Ley de Empleo de 2003, creando el Sistema Nacional de Empleo con representación de las Comunidades Autónomas y de los interlocutores sociales. Dicho sistema prevé un servicio público en el que la gestión de las políticas activas se realiza también por una red de Entidades Colaboradoras⁴⁴ de carácter público privado y sin ánimo de lucro (Serrano, 2009). Los servicios de empleo autonómicos y el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) deberán garantizar la coordinación entre las medidas de intermediación e inserción laboral y el reconocimiento y percepción de las prestaciones por desempleo. El SPEE tiene competencia para elaborar las propuestas normativas de ámbito estatal en materia de empleo, formación para el empleo y protección por desempleo. Asimismo, debe asegurar la elaboración de estadísticas nacionales sobre el funcionamiento del mercado de trabajo.

En el Programa de modernización de los SPE cabe destacar la puesta en marcha del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE). Dicho sistema permitirá a los Servicios Públicos de Empleo Estatal y autonómicos compartir una información básica y coordinada sobre políticas activas de empleo y prestaciones por desempleo⁴⁵.

El proceso de implantación del SISPE supone la introducción del registro informático en la totalidad de la contratación en España, la posibilidad de acceder a través de Internet a las ofertas y demandas de empleo y a las oportunidades de formación en cualquier Comunidad Autónoma, así como la creación de un portal de empleo que permita el contacto directo entre trabajadores y empresarios.

⁴⁴ Las entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo no cuentan con un régimen jurídico completo a nivel estatal, creando cada Comunidad Autónoma el suyo propio, lo que implica la existencia de diferentes modelos de servicios de empleo autonómicos en vez de un Sistema Nacional de Empleo (Serrano, 2009).

⁴⁵ El Sistema Integrado de información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE) tiene como objetivo coordinar de forma adecuada a los distintos actores del sistema público de empleo. En este sentido cabe destacar la firma de convenios de colaboración entre el INEM y el SPE de distintas CC.AA. (Asturias, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Madrid y Navarra) para coordinar la gestión del empleo y de la formación profesional con la protección por desempleo.

El último cambio en el funcionamiento del SPE en España, contenido en la reforma laboral de 2010, es la apertura a la colaboración público-privada en el ámbito de la intermediación laboral. Se regulan las agencias de colocación con ánimo de lucro, de manera que los Servicios Públicos de Empleo podrán autorizar la existencia de dichas agencias según las condiciones que establece la ley y siguiendo las normas y criterios de la OIT (convenio 181) y la línea de modernización de los SPE promovida por la Estrategia Europea de Empleo. Este cambio consolida ya de forma definitiva el modelo liberal de política de colocación iniciado con la reforma laboral de 1994.

La reforma de 2010 extiende las funciones que pueden desempeñar las agencias de colocación a la orientación e información profesional, la selección de personal y las actividades de recolocación de trabajadores. Las agencias privadas podrán actuar en colaboración con el SPE o de forma autónoma, estando garantizada en ambos casos la gratuidad del servicio para los trabajadores. No obstante, la reforma no contempla las agencias globales de empleo, las cuales pueden desarrollar todas y cada una de las políticas activas de empleo, ni tampoco permite a las empresas de trabajo temporal convertirse en agencias de colocación⁴⁶. Sin embargo, si se eliminan las restricciones que impedían a las empresas de trabajo temporal operar en sectores considerados de riesgo (construcción y sanitario) y en la Administración Pública.

3. ANÁLISIS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL A NIVEL AUTÓNOMICO

A la hora de analizar los resultados de la actividad de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo y siguiendo a Walwei (1996) utilizaremos los siguientes indicadores:

- a) la tasa de registro o utilización: se define como el cociente entre los puestos de trabajo ofrecidos para gestión al SPE por parte de los empresarios y las colocaciones totales⁴⁷.
- b) la tasa de éxito: es la relación entre las colocaciones gestionadas por el SPE y los puestos ofrecidos para gestión por parte de los empresarios. Este indicador señala el grado de ajuste entre oferta y demanda de trabajo conseguido por el SPE.
- c) la cuota de mercado: se define como el cociente entre el número de colocaciones en las que intervienen las oficinas del SPE o bien las

⁴⁶ España es uno de los pocos países de la Unión Europea junto con Luxemburgo, Grecia y Noruega donde aún se limita a las ETT's a la mera cesión de trabajadores temporales (Aranda, 2006).

⁴⁷ La variable idónea sería el número de vacantes totales, pero como en la mayoría de casos no se dispone del dato, se aproxima mediante el total de colocaciones registradas en el mercado de trabajo (Comisión Europea, 1999).

agencias privadas y el número total de colocaciones en el mercado laboral.

Con objeto de hacer balance de la intermediación laboral llevada a cabo por los servicios públicos de empleo autonómicos, resulta necesario conocer previamente la evolución de las colocaciones totales, de las colocaciones que son objeto de gestión por los SPE⁴⁸ y del número de puestos ofrecidos para gestión por parte de los empresarios. Para el análisis de la labor de intermediación de las empresas de trabajo temporal (ETT), al margen del número de colocaciones intermediadas, el único indicador que nos permite hacer una valoración y compararlo con los SPE es la cuota de mercado.

El análisis del alcance de las actividades de intermediación laboral a nivel autonómico comprende el período 2005-2010, es decir, a partir de la introducción de la nueva metodología SISPE. La actual Estadística de empleo ofrece una información más completa puesto que recoge información procedente del fichero de contratos y además permite saber si las colocaciones llevadas a cabo se han cubierto o no, con una oferta registrada en los SPE y si dicha vacante se ha cubierto con una persona que era demandante de empleo o no. Antes de la implantación del SISPE no existía esta distinción por lo que la modificación del fichero de colocaciones ha redundado en un mejor conocimiento tanto del mercado de trabajo como de la labor de los SPE.

Los resultados obtenidos ponen de manifiesto importantes diferencias regionales en la actividad de intermediación. Los datos recogidos en los cuadros 1 a 8 nos muestran el alcance y la eficacia de las actividades de intermediación laboral en las distintas Comunidades Autónomas en el período 2005-2010. El análisis detallado a nivel autonómico nos permite señalar las diferencias y establecer donde funcionan mejor o peor las labores de intermediación laboral de los servicios públicos de empleo y de las empresas de trabajo temporal.

Las colocaciones totales disminuyen en todas las CC.AA. en el período 2005-2010 (acorde con la crisis económica registrada a partir de 2008) excepto en Castilla La Mancha. Los descensos son especialmente pronunciados en Madrid, Comunidad Valenciana, Canarias y Cantabria que superan la media española (cuadro 1).

En las colocaciones gestionadas por los servicios públicos de empleo la evolución es algo distinta. En conjunto, dichas colocaciones disminuyen con fuerza ya antes de la crisis y la caída entre 2005 y 2010 es muy superior a la

⁴⁸ La cuota de mercado es el resultado del cociente entre las colocaciones de demandas activas con oferta previa y el total de colocaciones. El motivo de utilizar exclusivamente el concepto de demanda activa con oferta previa se basa en que es el único tipo de colocación en la que el SPE interviene activamente en el emparejamiento entre oferta y demanda de trabajo. El resto de colocaciones del mercado laboral provienen de demandas activas que encuentran empleo sin la intermediación del SPE (sin una oferta previa gestionada por este organismo) y de otras colocaciones.

de las colocaciones totales en el conjunto de España (35,8% frente al 14,3%). Las colocaciones gestionadas disminuyen en todas las Comunidades excepto en Andalucía, Canarias, Castilla La Mancha y Extremadura. No obstante, el comportamiento durante la crisis es mucho más positivo en las colocaciones gestionadas que aumentan en seis CC.AA., destacando Cataluña, Andalucía y Canarias, recuperándose así levemente el número de colocaciones a nivel estatal. La peor evolución se registra en la Comunidad Valenciana, Madrid y País Vasco donde el número de colocaciones gestionadas en 2010 es muy inferior al de 2005 (cuadro 2).

En el caso de los puestos de trabajo ofrecidos para gestión la evolución es menos negativa que la de las colocaciones gestionadas por los SPE (cuadro 3). El descenso entre 2005 y 2010 es del 16,7% frente al 35,8%, aunque la caída durante la crisis es mucho mayor acorde con la menor necesidad de mano de obra. La caída en los puestos ofrecidos durante el período 2005-2010 se registra en todas las Comunidades excepto en Andalucía, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha y Extremadura. Sin embargo, a partir de 2008 los descensos si son generalizados. Los peores resultados se registran en Aragón, Baleares, Comunidad Valenciana y Galicia, con caídas porcentuales muy fuertes en los puestos de trabajo ofrecidos para gestión (cuadro 3).

Cuadro 1. Colocaciones totales (miles)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	3.916	4.073	4.120	3.794	3.458	3.538
ARAGON	428,6	461,8	477,3	449	364,5	377,8
ASTURIAS	291,2	300,5	309,2	289,2	249,4	263,8
BALEARES	399,8	449,2	464,5	410,2	343,3	343,6
CANARIAS	721,7	741,9	751,2	624,5	527,7	536
CANTABRIA	178,7	188,5	194,8	174,4	149,8	151
CASTILLA-LA MANCHA	552,7	613,8	655,5	625,1	571,2	574,9
CASTILLA Y LEON	699	727,8	774,2	714,4	637,8	638,2
CATALUÑA	2.552	2.669	2.696	2.426	2.031	2.128
COM. VALENCIANA	1.702	1.832	1.864	1.575	1.276	1.322
EXTREMADURA	465,7	462,6	457,6	449,4	445,1	438
GALICIA	769,6	811,4	830,6	782,2	743,5	741,7
MADRID	2218	2.427	2.472	2.122	1.613	1.648
MURCIA	642,9	735,9	737,1	656,9	552,7	530,5
NAVARRA	227,1	238,2	249,9	238,2	205,6	217,5
PAÍS VASCO	786,4	811,9	847,1	813,2	667,8	696
LA RIOJA	111,5	116,7	118,2	109,9	96,1	102,6
TOTAL ESPAÑA	16.696	17.699	18.059	16.297	13.977	14.295

Fuente: INEM. Estadística de Empleo.

Cuadro 2. Colocaciones gestionadas por el SPE (miles)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	125,5	203,8	116,3	112,6	132,8	137,5
ARAGON	21,9	27,0	13,0	12,5	10,7	9,7
ASTURIAS	18,5	23,2	11,2	8,7	7,9	7,3
BALEARES	10,0	17,0	5,0	4,4	5,0	4,9
CANARIAS	15,6	19,7	15,2	12,6	15,2	19,4
CANTABRIA	5,3	6,2	2,8	2,5	2,9	3,0
CASTILLA-LA MANCHA	30,3	38,5	27,5	24,9	35,7	32,3
CASTILLA Y LEON	25,7	37,5	20,5	19,5	21,1	16,0
CATALUÑA	69,2	86,6	12,9	14,8	16,8	25,8
COM. VALENCIANA	95,7	108,6	38,7	26,2	25,5	25,4
EXTREMADURA	32,4	58,3	45,5	51,1	50,5	50,9
GALICIA	26,5	40,4	16,8	14,6	15,1	12,1
MADRID	79,4	88,9	27,8	25,7	22,5	22,5
MURCIA	11,3	14,9	7,2	5,6	5,5	5,4
NAVARRA	6,3	6,7	2,8	2,4	2,5	2,4
PAÍS VASCO	20,5	21,2	8,3	7,1	5,7	4,9
LA RIOJA	3,7	4,3	2,2	1,8	1,5	1,5
TOTAL ESPAÑA	600	806	376	350	381	385

Fuente: INEM. Estadística de Empleo.

Cuadro 3. Puestos de trabajos ofrecidos para gestión al SPE (miles)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	177	246,5	233,1	181,9	195,8	202
ARAGON	36,1	36,8	36,3	24,4	14,5	13,4
ASTURIAS	14,8	16,5	23,3	13,3	11,4	11,1
BALEARES	16,4	26,7	12,2	6,7	7,9	5,8
CANARIAS	20,7	29,1	27,0	21,4	20,3	29,8
CANTABRIA	3,3	4,4	4,7	3,7	4,5	4,5
CASTILLA-LA MANCHA	26,6	52,8	44,3	36,2	41,8	38,1
CASTILLA Y LEON	36,9	46,1	63,8	40,3	40,5	23,7
CATALUÑA	81,1	100,2	111,2	66,3	52,1	78,2
COM. VALENCIANA	69,7	116,3	113,3	63,2	43,5	35,5
EXTREMADURA	31,2	60,7	59,5	62,2	61,4	61,1
GALICIA	86,2	92,4	106,1	49,9	34,6	28,6
MADRID	92,3	93,0	84,9	53,5	37,6	46,7
MURCIA	17,3	16,1	17,1	10,3	8,1	8,5
NAVARRA	5,5	13,5	7,1	5,9	5,6	4,8
PAÍS VASCO	14,6	14,3	13,7	11,1	8,2	7,3
LA RIOJA	3,0	3,9	3,9	3,1	2,3	2,3
TOTAL ESPAÑA	728	973	966	659	595	606

Fuente: INEM. Estadística de Empleo.

El principal indicador que nos permite analizar la eficacia de la intermediación laboral es la cuota de mercado de los servicios públicos de empleo. Las diferencias entre Comunidades Autónomas son aquí mucho más evidentes. Extremadura y Castilla La Mancha se sitúan muy por encima de la media española, alcanzando en 2010 una cuota de mercado del 11,6% y del 5,6% respectivamente. Por el contrario, Baleares, Cataluña, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco registran cuotas inferiores a la mitad de la media nacional (cuadro 4). La disminución de la cuota de mercado entre 2005 y 2010 se registra en todas las Comunidades excepto en Extremadura. En los dos últimos años analizados se atisba una ligera recuperación de la cuota de mercado, destacando Andalucía, Canarias y Castilla La Mancha. Por el contrario, dicho indicador disminuye en Aragón Asturias, Castilla y León Galicia y Madrid (cuadro 4).

Si analizamos el porcentaje de colocaciones gestionadas por los SPE respecto al número de puestos de trabajo ofrecidos para gestión, la tasa de éxito en la intermediación laboral también ha disminuido entre 2005 y 2010 en todas las CC.AA., con la excepción de Aragón, Baleares, Castilla La Mancha, Galicia y La Rioja (cuadro 5). Las mayores caídas se registran en Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid. Los mínimos se registran en 2007 y a partir de ahí mejora la tasa de éxito en todas las Comunidades, especialmente en Aragón, Baleares, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana y Galicia (cuadro 5). Aunque en el conjunto del periodo analizado la eficacia de los servicios públicos de empleo a la hora de cubrir las vacantes ofrecidas por los empresarios se ha visto mermada, durante la crisis se ha registrado una clara mejora.

El análisis de la proporción de los puestos de trabajo ofrecidos para gestión respecto a las colocaciones totales permite hacernos una idea del grado de utilización del SPE por parte de los empresarios con el objeto de cubrir una vacante. La tasa de registro ha disminuido entre 2005 y 2010 en todas las Comunidades excepto en Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha y Extremadura donde alcanza en 2010 más del triple de la media española (13,9%). La peor evolución se registra en Aragón, Baleares y Galicia con caídas superiores al 70%, seguidas de Castilla y León, Comunidad Valenciana y País Vasco con una caída de alrededor del 50% (cuadro 6). La tasa de registro no experimenta casi mejora en los años de crisis a diferencia de la tasa de éxito. Las excepciones son Andalucía, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha y Cataluña donde si aumenta claramente entre 2008 y 2010 (cuadro 6).

Cuadro 4. Cuota de mercado de los SPE

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCÍA	4,7	5,0	2,8	2,9	3,8	3,9
ARAGON	7,1	5,8	2,7	2,7	2,9	2,5
ASTURIAS	8,8	7,7	3,6	3,0	3,2	2,7
BALEARES	3,4	3,7	1,1	1,1	1,4	1,4
CANARIAS	3,0	2,6	2,0	2,0	2,8	3,6
CANTABRIA	4,2	3,2	1,4	1,4	1,9	2,0
CASTILLA-LA MANCHA	7,5	6,2	4,2	4,0	6,2	5,6
CASTILLA Y LEON	5,1	5,1	2,6	2,7	3,3	2,5
CATALUÑA	3,9	3,2	0,5	0,6	0,8	1,2
COM. VALENCIANA	7,7	5,9	2,1	1,6	2,0	1,9
EXTREMADURA	10,1	12,6	9,9	11,4	11,3	11,6
GALICIA	4,9	4,9	2,0	1,8	2,0	1,6
MADRID	5,0	3,6	1,1	1,2	1,4	1,3
MURCIA	2,5	2,0	1,0	0,8	1,0	1,0
NAVARRA	3,8	2,8	1,1	1,0	1,2	1,1
PAÍS VASCO	3,7	2,6	1,0	0,8	0,8	0,7
LA RIOJA	4,6	3,7	1,9	1,6	1,6	1,5
TOTAL ESPAÑA	5,1	4,5	2,0	2,1	2,7	2,7

Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia.

Cuadro 5. Tasa de éxito de los SPE

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCÍA	70,8	82,6	49,9	61,9	67,8	68,0
ARAGON	60,7	73,2	36,0	51,1	74,1	72,6
ASTURIAS	72,7	74,4	47,9	65,7	69,6	65,5
BALEARES	61,4	63,7	41,4	64,9	64,3	84,1
CANARIAS	75,6	67,7	56,0	59,0	74,6	65,2
CANTABRIA	95,5	83,6	60,4	66,6	63,5	66,7
CASTILLA-LA MANCHA	83,7	73,0	62,0	68,6	85,4	84,7
CASTILLA Y LEON	69,8	81,4	32,2	48,5	52,1	67,5
CATALUÑA	85,3	86,4	11,6	22,3	32,2	32,9
COM. VALENCIANA	97,3	93,4	34,2	41,5	58,7	71,6
EXTREMADURA	83,7	95,9	76,4	82,1	82,2	83,3
GALICIA	30,7	43,7	15,8	29,2	43,7	42,5
MADRID	85,9	95,5	32,8	48,1	59,8	48,2
MURCIA	65,0	92,7	42,0	54,2	68,1	62,9
NAVARRA	55,5	49,9	38,8	41,6	44,6	50,2
PAÍS VASCO	69,6	68,2	60,3	64,0	69,0	68,2
LA RIOJA	63,9	61,4	57,0	59,7	67,4	67,0
TOTAL ESPAÑA	82,4	82,8	39,0	53,1	64,0	63,5

Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia.

Cuadro 6. Tasa de registro de los SPE

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	6,6	6,0	5,6	4,7	5,6	5,7
ARAGON	11,7	7,9	7,6	5,4	3,9	3,5
ASTURIAS	7,1	5,5	7,5	4,6	4,5	4,2
BALEARES	5,6	5,9	2,6	1,6	2,3	1,7
CANARIAS	4,0	3,9	3,6	3,4	3,8	5,5
CANTABRIA	2,6	2,3	2,4	2,1	3,0	2,9
CASTILLA-LA MANCHA	6,6	8,6	6,7	5,8	7,3	6,6
CASTILLA Y LEON	7,3	6,3	8,2	5,6	6,3	3,7
CATALUÑA	4,5	3,7	4,1	2,7	2,5	3,6
COM. VALENCIANA	5,6	6,3	6,0	4,0	3,4	2,6
EXTREMADURA	9,7	13,1	13,0	13,8	13,7	13,9
GALICIA	15,9	11,4	12,7	6,4	4,6	3,8
MADRID	5,8	3,8	3,4	2,5	2,3	2,8
MURCIA	3,8	2,2	2,3	1,5	1,4	1,6
NAVARRA	3,3	5,6	2,8	2,4	2,7	2,2
PAÍS VASCO	2,6	1,7	1,6	1,3	1,2	1,0
LA RIOJA	3,7	3,3	3,3	2,8	2,4	2,2
TOTAL ESPAÑA	6,2	5,5	5,3	4,0	4,2	4,2

Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia.

Las colocaciones intermediadas por las ETT registran una evolución negativa (aunque menos que en las colocaciones totales y en las gestionadas por los SPE) disminuyendo su número entre 2005 y 2010 en todas las Comunidades Autónomas excepto en Asturias, Comunidad Valenciana, Murcia y Navarra. Las mayores caídas tienen lugar en Baleares, Cataluña y Madrid. La evolución de las colocaciones muestra un crecimiento entre 2005 y 2007, una fuerte caída hasta 2009 y una recuperación en 2010 en todas las CC.AA. (cuadro 7).

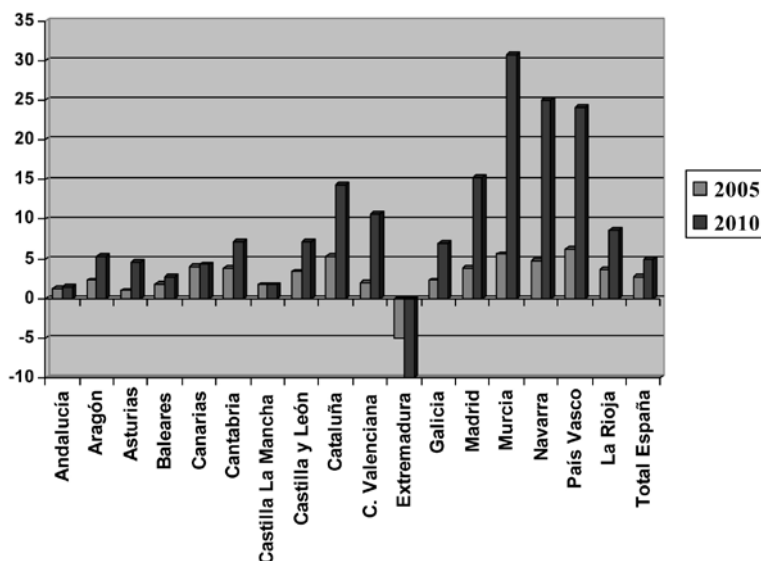
En conjunto la disminución de la cuota de mercado de las ETT entre 2005 y 2010 es muy inferior a la registrada en la cuota de los SPE. La cuota de mercado se ha reducido en el período analizado en todas las Comunidades excepto en Asturias, Canarias, Castilla y León, Comunidad Valenciana, Madrid, Murcia y Navarra (cuadro 8). En todas las Comunidades Autónomas excepto en Extremadura la cuota de mercado de las ETT es superior a la de los SPE, lo que refleja las diferencias en la eficacia como intermediario en el mercado laboral a favor de las primeras. Murcia, Navarra, Comunidad Valenciana y Madrid destacan por una cuota de mercado muy superior a la media española en 2010. Por contra, Extremadura, Baleares, Andalucía y Castilla La Mancha registran una cuota de mercado muy por debajo de la media nacional. Cabe destacar también que en 2010 la cuota de mercado de las ETT aumenta en todas las Comunidades excepto en Andalucía, destacando Navarra, Murcia y Aragón (cuadro 8).

Las diferencias entre las cuotas de mercado o tasas de intermediación de los SPE y de las ETT nos muestran que en 2010 y para el conjunto de España las ETT intermediaron 5 veces más colocaciones que los SPE (gráfico 1). Esta diferencia casi se ha doblado desde 2005 y a pesar de que la crisis ha afectado especialmente a las actividades de colocación de las empresas de trabajo temporal. En consecuencia, se puede afirmar que la eficacia como intermediario en el mercado laboral es claramente superior en el caso de las ETT y más si tenemos presente que cuentan con un menor campo de actuación laboral que los SPE.

Las diferencias más significativas entre la mayor intermediación privada frente a la pública en 2010 se registran en Murcia, donde las ETT gestionan 30 veces más colocaciones que los SPE, Navarra, 25 veces más y País Vasco 24 veces más colocaciones. Las menores diferencias se dan en Andalucía con 1,4 veces, Castilla La Mancha con 1,7 veces y Baleares con 2,7 veces más colocaciones. La única excepción es Extremadura, donde en 2010 la intermediación pública fue 10 veces mayor que la privada (gráfico 1).

Las diferencias han aumentado en todas las Comunidades entre 2005 y 2010 a excepción de Castilla La Mancha donde se mantienen. Los mayores aumentos se registran Murcia, Navarra, Comunidad Valenciana, Asturias y País Vasco. Por el contrario, en Andalucía y Canarias las diferencias aumentan muy levemente (gráfico 1).

Gráfico 1. Ratio de colocaciones las ETT respecto a los SPE



Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia.

Cuadro 7. Colocaciones gestionadas por las ETT (miles)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	223,8	253,4	268,9	238,2	188,3	190
ARAGON	69,8	77,9	76,3	62	35,6	49,9
ASTURIAS	26,4	31,6	33,6	30,6	24,9	32,7
BALEARES	24,4	25,4	25,4	17,5	12,7	13,3
CANARIAS	86,3	95,5	100,1	85,6	75,6	82,5
CANTABRIA	28,2	29,9	35,1	27,4	18,5	21,6
CASTILLA-LA MANCHA	69,5	88,7	95,6	80,9	51,1	53,6
CASTILLA Y LEON	120	134	140,7	130	100,3	113,6
CATALUÑA	526,8	563,7	565,4	446,5	311,4	364,1
COM. VALENCIANA	263,2	304,1	334,1	269,8	214,6	266,6
EXTREMADURA	10,1	11	11,1	11	7,4	7,6
GALICIA	87,8	102,8	112,7	99	75,1	83,3
MADRID	422,9	465,7	464	368,1	280,4	324,5
MURCIA	90,8	148,4	164,9	155,9	139,9	162,8
NAVARRA	41,5	49,4	55,1	47,4	45,7	59,7
PAÍS VASCO	179,2	197,8	209,6	177	96,6	117,9
LA RIOJA	18,5	19,7	20,9	14,7	12,2	13,2
TOTAL ESPAÑA	2.290	2.600	2.714	2.262	1.691	1.957

Fuente: INEM. Estadística de Empleo.

Cuadro 8. Cuota de mercado de las ETT

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	5,7	6,2	6,5	6,2	5,4	5,3
ARAGON	16,3	16,8	16,0	13,8	9,7	13,2
ASTURIAS	9,1	10,5	10,9	10,6	10,0	12,4
BALEARES	6,1	5,6	5,4	4,3	3,7	3,8
CANARIAS	11,9	12,8	13,3	13,7	14,3	15,4
CANTABRIA	15,8	15,8	18,0	15,7	12,3	14,3
CASTILLA-LA MANCHA	12,5	14,4	14,6	12,9	8,9	9,3
CASTILLA Y LEON	17,1	18,4	18,1	18,2	15,7	17,8
CATALUÑA	20,6	21,1	20,9	18,4	15,3	17,1
COM. VALENCIANA	15,4	16,5	17,9	17,1	16,8	20,1
EXTREMADURA	2,2	2,4	2,4	2,4	1,6	1,7
GALICIA	11,4	12,7	13,5	12,6	10,1	11,2
MADRID	19,0	19,2	18,7	17,3	17,3	19,7
MURCIA	14,1	20,1	22,3	23,7	25,3	30,7
NAVARRA	18,2	20,7	22,0	19,9	22,2	27,5
PAÍS VASCO	22,8	24,3	24,7	21,7	14,4	16,9
LA RIOJA	16,6	16,9	17,7	13,4	12,7	12,9
TOTAL ESPAÑA	13,7	14,7	15,0	13,9	12,0	13,5

Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia

Por último, si comparamos la distribución de las colocaciones gestionadas por los SPE, de las gestionadas por las ETT y de las colocaciones totales por Comunidades Autónomas podemos ver si hay un efecto diferencial en favor de la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo o por las empresas de trabajo temporal.

Las diferencias muestran un efecto favorable a la labor de intermediación laboral de los SPE en Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Extremadura a lo largo de todo el período analizado. Dichas Comunidades registran también un menor peso de las colocaciones intermediadas por las ETT en relación a su peso en las colocaciones totales, especialmente en Extremadura (cuadro 9). Por otro lado, las diferencias en la distribución de las colocaciones señalan un efecto favorable a las actividades de intermediación de las ETT en Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid Murcia, Navarra y País Vasco. En estas Comunidades, con la excepción de Canarias, se registra a la vez una menor proporción de las colaciones gestionadas por los SPE en relación a su peso en las colocaciones totales. En el caso de Galicia se registra un menor peso tanto de los SPE como de las ETT en relación a las colocaciones totales (cuadro 9).

En el período 2005-2010 el peso de las colocaciones gestionadas por los SPE aumenta en Andalucía, Canarias, Castilla La Mancha y Extremadura, mientras que disminuye en Baleares, Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco. Por otro lado, en el período analizado la proporción de las colocaciones intermediadas por las ETT aumenta en Canarias, Comunidad Valenciana, Murcia y Navarra mientras que los descensos en dicha proporción se registran en Aragón, Castilla La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid y País Vasco (cuadro 9).

Cuadro 9. Distribución de las colocaciones gestionadas por los SPE, las ETT y de las colocaciones totales por Comunidades Autónomas

	2005			2006			2007			2008			2009			2010		
	SPE	ETT	Total	SPE	ETT	Total	SPE	ETT	Total	SPE	ETT	Total	SPE	ETT	Total	SPE	ETT	Total
ANDALUCIA	22,7	9,7	20,9	25,3	9,7	23,0	30,9	9,9	22,8	32,1	10,5	23,3	34,8	11,1	24,7	35,7	9,7	24,7
ARAGON	2,6	3,0	3,6	3,3	3,0	2,6	3,4	2,8	2,6	3,5	2,7	2,7	2,8	2,1	2,6	2,5	2,5	2,6
ASTURIAS	1,7	1,1	3,0	2,8	1,2	1,7	2,9	1,2	1,7	2,5	1,3	1,7	2,0	1,4	1,8	1,9	1,6	1,8
BALEARES	2,4	1,0	1,6	2,1	1,0	2,5	1,3	0,9	2,5	1,2	0,8	2,5	1,3	0,7	2,4	1,3	0,7	2,4
CANARIAS	4,3	3,7	2,6	2,4	3,6	4,2	4,0	3,7	4,1	3,6	3,8	3,8	4,0	4,4	3,8	5,0	4,2	3,7
CANTABRIA	1,0	1,2	0,9	0,7	1,1	1,0	0,7	1,3	1,0	0,7	1,2	1,0	0,7	1,1	1,0	0,7	1,1	1,0
CASTILLA LA MANCHA	3,4	3,0	5,0	4,8	3,4	3,4	7,3	3,5	3,6	7,1	3,6	3,8	9,4	3,0	4,1	8,4	2,7	4,0
CASTILLA Y LEON	4,2	5,2	4,3	4,6	5,1	4,1	5,4	5,2	4,3	5,6	5,7	4,4	5,5	5,9	4,5	4,1	5,8	4,4
CATALUÑA	15,2	23,0	11,5	10,7	21,6	15,0	3,4	20,8	14,9	4,2	19,7	14,9	4,4	18,4	14,5	6,7	18,6	14,9
COM. VALENCIANA	10,5	11,5	15,9	13,5	11,7	10,3	10,3	12,3	10,3	7,5	11,9	9,6	6,7	12,7	9,1	6,6	13,6	9,2
EXTREMADURA	2,7	0,4	5,4	7,2	0,4	2,6	12,1	0,4	2,5	14,6	0,5	2,7	13,2	0,4	3,2	13,2	0,4	3,0
GALICIA	4,6	3,8	4,4	5,0	3,9	4,6	4,5	4,1	4,6	4,1	4,4	4,8	4,0	4,4	5,3	3,1	4,2	5,2
MADRID	13,4	18,4	13,2	11,0	17,9	13,7	7,4	17,0	13,7	7,3	16,2	13,0	5,9	16,6	11,5	5,8	16,6	11,5
MURCIA	3,8	4,0	1,8	1,8	5,7	4,1	1,9	6,1	4,0	1,6	6,9	4,0	1,4	8,3	3,9	1,4	8,3	3,7
NAVARRA	1,4	1,8	1,1	0,8	1,9	1,3	0,7	2,0	1,4	0,7	2,1	1,4	0,6	2,7	1,4	0,6	3,0	1,5
PAÍS VASCO	4,7	7,8	3,4	2,6	7,6	4,6	2,2	7,7	4,7	2,0	7,8	5,0	1,5	5,7	4,8	1,3	6,0	4,8
LARIOJA	0,7	0,8	0,6	0,5	0,7	0,6	0,6	0,7	0,6	0,5	0,6	0,6	0,4	0,7	0,7	0,4	0,7	0,7
TOTAL ESPAÑA	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

Fuente: INEM. Estadística de Empleo y elaboración propia.

4. RELACIÓN INTERMEDIACIÓN LABORAL Y MERCADO DE TRABAJO

Con el objeto de completar el análisis de la intermediación laboral a nivel autonómico resulta interesante relacionar la cuota de mercado de los SPE y de las ETT con las tasas de empleo y con las tasas de temporalidad que se registran en los mercados de trabajo de las distintas comunidades.

La relación entre la cuota de mercado de las ETT y las tasas de empleo varía durante el período analizado. Entre 2005 y 2007 se constata que las comunidades con tasas de empleo superiores a la media española registran una elevada cuota de mercado de las ETT en la intermediación laboral.

En concreto, siete de las ocho comunidades que tienen una tasa de empleo por encima de la media nacional en 2005 presentan una cuota de mercado de las ETT superior a la media. La única excepción es Baleares, por lo que en general cuanto mayor es la tasa de empleo mayor es la presencia de las ETT. Por el contrario, las comunidades con tasas de empleo inferiores a la media española registran en seis de los ocho casos una menor cuota de mercado de las ETT. Las excepciones son Cantabria y Castilla y León (cuadros 8 y 10).

A partir de 2008 la relación no es tan clara, ya que si nos fijamos en los datos de 2010 se aprecia que de once comunidades con una tasa de empleo superior a la media nacional solo seis registran una cuota de mercado de las ETT por encima de la media. Por el contrario, de todas las comunidades con una tasa de empleo inferior a la media española, Andalucía, Asturias y Extremadura presentan una cuota de mercado de las ETT inferior a la media mientras que Canarias, Castilla y León y Comunidad Valenciana registran una cuota de mercado por encima de la media nacional (cuadros 8 y 10).

En consecuencia, la crisis parece haber debilitado la relación entre la cuota de mercado de las ETT y la tasa de empleo, seguramente debido a que la destrucción de empleo temporal ha sido superior a la caída global del empleo.

Si relacionamos la cuota de mercado de los SPE con las tasas de empleo se observa que tanto en 2005 como en 2010, la inmensa mayoría de las comunidades que tienen tasas de empleo superiores a la media española registran una cuota de mercado de los SPE inferior a la media. Las excepciones son Aragón y Comunidad Valenciana en 2005 y Castilla La Mancha en 2010 (cuadros 4 y 10). Por el contrario, en 2005 de las nueve comunidades con tasas de empleo inferiores a la media, solo Asturias, Castilla La Mancha y Extremadura registran cuotas de mercado de los SPE superiores a la media nacional, mientras que en 2010 de seis comunidades, solo Andalucía, Canarias y Extremadura presentan una cuota de mercado por encima de la media (cuadros 4 y 10).

Por tanto, los SPE parecen tener una menor eficacia en las comunidades con una mayor tasa de empleo.

Por otra parte, la relación entre la cuota de mercado de las ETT y las tasas de temporalidad también varían durante el período 2005-2010. Podemos observar que en siete de las diez comunidades que registran tasas de temporalidad inferiores a la media española en 2005 la cuota de mercado de las ETT en la intermediación laboral se sitúa por encima de la media. Las excepciones son Asturias, Baleares y Castilla La Mancha. Por tanto, la regla general es que cuanto menor es la tasa de temporalidad mayor es la cuota de mercado de las ETT. Por el contrario, las comunidades con tasas de temporalidad superiores a la media nacional registran en cuatro de los 7 casos una cuota de mercado de las ETT inferior a la media. Las excepciones son Castilla y León, Comunidad Valenciana y Murcia (cuadros 8 y 11).

Entre 2008 y 2010 la relación se desdibuja y si consideramos los datos de 2010 se observa que de nueve comunidades con una tasa de temporalidad inferior a la media española solo cinco tienen una cuota de mercado de las ETT superior a la media. En el otro extremo, de las comunidades con una tasa de temporalidad superior a la media española, Andalucía, Baleares, Extremadura y Galicia presentan una cuota de mercado de las ETT inferior a la media, mientras que Canarias, Castilla y León, Comunidad Valenciana y Murcia registran una cuota de mercado superior a la media nacional (cuadros 8 y 11).

Por tanto, también la crisis afecta a la relación entre la cuota de mercado de las ETT y la tasa de temporalidad ya que la destrucción de empleo y en especial de empleo temporal ha sido más fuerte en las comunidades con una menor presencia de las ETT.

La relación entre la cuota de mercado de los SPE y las tasas de temporalidad nos muestra que la inmensa mayoría de las comunidades que registran tasas de temporalidad inferiores a la media española presentan una cuota de mercado de los SPE inferior a la media tanto en 2005 como en 2010. Las excepciones son Asturias y Castilla La Mancha en ambos años y Aragón en 2005 (cuadros 4 y 11). Por otro lado, la mayoría de las comunidades con tasas de temporalidad superiores a la media nacional también registran una cuota de mercado de los SPE inferior a la media en el período analizado. Las excepciones son Castilla y León y Extremadura en 2005 y Andalucía, Canarias y Extremadura en 2010 (cuadros 4 y 11).

En consecuencia, los SPE parecen tener una menor eficacia en las comunidades con una menor tasa de temporalidad.

Cuadro 10. Tasas de empleo

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	56,4	58,2	59,1	56,9	52,4	51,0
ARAGON	69,0	68,9	71,8	70,7	66,0	63,9
ASTURIAS	56,4	59,1	60,4	62,9	59,0	57,1
BALEARES	69,1	71,0	70,6	69,0	63,8	62,5
CANARIAS	60,8	62,5	63,4	58,5	53,5	51,9
CANTABRIA	62,9	64,9	66,3	66,2	62,6	60,7
CASTILLA-LA MANCHA	63,5	64,6	65,8	65,1	62,1	61,5
CASTILLA Y LEON	62,5	63,6	65,4	63,3	58,6	57,2
CATALUÑA	70,2	71,4	71,9	70,8	64,8	63,9
COM. VALENCIANA	65,3	66,7	66,9	65,6	59,0	57,0
EXTREMADURA	55,5	56,9	58,4	57,7	54,3	53,5
GALICIA	61,8	63,8	65,2	65,5	63,1	60,7
MADRID	69,5	71,1	71,7	70,6	66,9	66,0
MURCIA	63,8	65,0	66,5	64,1	58,1	56,9
NAVARRA	70,0	71,3	71,9	70,7	67,3	66,5
PAÍS VASCO	66,3	67,9	68,2	68,7	64,9	65,9
LA RIOJA	70,2	70,0	69,6	69,1	65,8	64,5
TOTAL ESPAÑA	64,2	65,7	66,5	65,3	60,6	59,3

Fuente: INE. Encuesta de Población Activa

Cuadro 11. Tasas de temporalidad

	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCIA	45,1	46,2	44,8	40,9	36,4	34,7
ARAGON	27,5	28,6	27,6	25,5	21,9	23,1
ASTURIAS	31,3	31,1	30,2	27,6	23,8	23,5
BALEARES	32,6	33,2	28,9	28,6	24,9	26,1
CANARIAS	38,8	39,1	37,7	33,8	30,5	29,7
CANTABRIA	31,7	31,1	28,9	27,2	23,4	22
CASTILLA-LA MANCHA	31,3	29,6	27,3	25,9	21,9	21,7
CASTILLA Y LEON	35,7	35,5	34,1	31,4	27,3	26,6
CATALUÑA	24,8	26,4	23,7	21,2	18	18
COM. VALENCIANA	37,4	36,6	34,2	32,2	28,4	28,4
EXTREMADURA	42,3	42,8	41,2	38,1	35,6	33,9
GALICIA	34,9	34,9	31,4	30,6	26,7	25,1
MADRID	28	29,3	25,1	23,3	19,6	19
MURCIA	41,5	42,1	40	37	32,7	33,8
NAVARRA	27,6	30,2	27,7	25,8	23	24,4
PAÍS VASCO	28,1	28,5	28,1	27,2	22,1	21,9
LA RIOJA	27,1	28,5	25	22,4	19,8	19,5
TOTAL ESPAÑA	33,3	34	31,7	29,3	25,4	24,9

Fuente: INE. Encuesta de Población Activa

5. CONCLUSIONES

La primera conclusión que se desprende de los datos analizados es que la cuota de mercado en la intermediación laboral entre 2005 y 2010 disminuye en todas las Comunidades Autónomas excepto en Extremadura, que junto a Castilla La Mancha se sitúan muy por encima de la media española. Por contra, Baleares, Cataluña, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco registran cuotas inferiores a la mitad de la media nacional. Por tanto, estos resultados nos muestran una reducción de la ya escasa eficacia en el ámbito de la colocación por parte de los SPE.

La tasa de éxito de los SPE decrece entre 2005 y 2010 en la mayoría de comunidades excepto en Aragón, Baleares, Castilla La Mancha, Galicia y La Rioja. El peor comportamiento se registra en Cantabria, Cataluña, Comunidad Valenciana y Madrid. No obstante, la eficacia de los servicios públicos de empleo a la hora de cubrir las vacantes ofrecidas por los empresarios ha registrado una clara mejora en todas las comunidades desde el inicio de la crisis.

La tasa de registro permite hacernos una idea del grado de utilización de los SPE por parte de los empresarios con el objeto de cubrir una vacante. Dicha tasa ha disminuido entre 2005 y 2010 en todas las Comunidades excepto en Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha y Extremadura. Estas dos últimas se sitúan muy por encima de la media española. El peor comportamiento se registra en Aragón, Baleares y Galicia.

La segunda conclusión es que la cuota de mercado de las ETT es superior a la de los SPE en todas las Comunidades Autónomas excepto en Extremadura lo que refleja las diferencias en la eficacia como intermediario en el mercado laboral a favor de las primeras. La caída en la cuota de mercado de las ETT entre 2005 y 2010 es mucho menor que la registrada en la cuota de los SPE. Los mejores resultados se dan en Murcia, Navarra, Comunidad Valenciana y Madrid con una cuota de mercado muy superior a la media española en 2010. Por contra, Extremadura, Baleares, Andalucía y Castilla La Mancha registran una cuota de mercado muy por debajo de la media nacional

Las diferencias más significativas entre la mayor intermediación privada frente a la pública en 2010 se registran en Murcia, donde las ETT gestionaron 30 veces más colocaciones que los SPE. La única excepción es Extremadura, donde ese mismo año la intermediación pública fue 10 veces mayor que la privada

En tercer lugar, se puede afirmar que existe un efecto diferencial positivo a favor de la intermediación laboral realizada por los SPE en Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha y Extremadura a lo largo de todo el período analizado. Por otro lado, las diferencias en la distribución de las colocaciones señalan un efecto favorable a las actividades de intermediación de las ETT

en Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Madrid Murcia, Navarra y País Vasco. En consecuencia, en la mayoría de comunidades se registra un efecto diferencial negativo de la intermediación pública en el período 2005-2010, lo que ayuda a constatar una vez más la escasa eficacia de los SPE.

Cuarto, al relacionar la intermediación laboral con la situación del mercado de trabajo hemos observado que en principio la mayoría de las comunidades con tasas de empleo superiores a la media española registran una elevada cuota de mercado de las ETT en la intermediación laboral. Por otro lado, la inmensa mayoría de las comunidades que tienen tasas de empleo superiores a la media española registran una cuota de mercado de los SPE inferior a la media,

También se observa que la mayoría de las comunidades con tasas de temporalidad inferiores a la media española registran una cuota de mercado de las ETT por encima de la media. Por otra parte, la inmensa mayoría de las comunidades que registran tasas de temporalidad inferiores a la media española presentan una cuota de mercado de los SPE inferior a la media.

No obstante, la crisis ha afectado a la relación entre la cuota de mercado de las ETT y las tasas de empleo y temporalidad, ya que la destrucción de empleo y en especial de empleo temporal ha sido superior en las comunidades con menor presencia de las ETT. Por otro lado, los SPE parecen tener una menor eficacia en las comunidades con mayores tasas de empleo y menores tasas de temporalidad.

Una de las claves a la hora de explicar la escasa eficacia de los servicios públicos de empleo autonómicos en la intermediación laboral es la baja utilización que de éstos hacen los empresarios a la hora de cubrir una vacante. En este sentido, cabe destacar tres argumentos que nos ayudan a explicar dicho comportamiento. Primero, la creciente confianza de los empresarios en Internet como método de captación de empleados debido al significativo ahorro de costes que supone. Segundo, la presencia en el ámbito de la intermediación laboral de agencias privadas de colocación y de empresas de trabajo temporal, más ágiles en teoría a la hora de proporcionar un candidato adecuado a las demandas de los empresarios, lo que se refleja como hemos visto en una mayor confianza de éstos en las actividades de intermediación de las ETT. Finalmente, el perfil del usuario de los SPE, con un notable peso de los colectivos con más dificultades en el mercado de trabajo, influye en la percepción que tienen los empresarios sobre las posibilidades y el lapso de tiempo necesario para cubrir las vacantes ofrecidas.

Por otra parte, el desajuste entre oferta y demanda de trabajo en relación a los perfiles profesionales, con una combinación de demanda insatisfecha y de incapacidad de absorción de una parte importante de la oferta, parecen ser las principales explicaciones de porqué los diferentes servicios públicos de em-

pleo autonómicos no logran cubrir una proporción importante de los puestos de trabajo ofrecidos para gestión.

Precisamente uno de los objetivos de la reforma de las políticas activas expresados en el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero es responder de forma más eficaz y eficiente a las necesidades de las empresas para cubrir sus ofertas de empleo.

Para conseguir dicho objetivo se pretende por un lado, fortalecer los Servicios Públicos de Empleo impulsando el tratamiento de las ofertas de empleo de las empresas, incluyendo su difusión en el marco del Sistema Nacional de Empleo y a través de portales de empleo, preselección y envío de candidaturas, así como la colaboración en las entrevistas y/o procesos selectivos de difícil cobertura. Por otro, favorecer la colaboración público-privada en la intermediación laboral tal y como contempla la Estrategia Española de Empleo 2012-2014. La ayuda de las agencias privadas de colocación realizando una buena labor de intermediación permitiría liberar de carga de trabajo a los servicios públicos de empleo que podrían centrarse más en el proceso de búsqueda de empleo, atendiendo y orientando de forma personalizada a los demandantes de empleo con el objeto dar una respuesta adecuada a los requerimientos de las empresas.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA, F. (2006): “La segunda gran transformación de las ETTs”, *Capital Humano* nº 202, pp. 14-20.
- CASAS, M. E. y PALOMEQUE, M. C. (1994): “La ruptura del monopolio público de colocación: colocación y fomento del empleo”. *Relaciones laborales*, 1994 I, nº 6/7, pp.236-253.
- COMISIÓN EUROPEA. (1999): *Deregulation in placement services: a comparative study for eight EU countries*. Luxemburgo.
- INE (varios años): Encuesta de Población Activa. Madrid.
- MORTENSEN, D. T. (1986): “Job search and labour market analysis” en *Handbook of Labour Economics*, vol. II, pp. 849-919, North-Holland.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. C. (1994): *Público y privado en el mercado de trabajo de los 90*, Universidad de Huelva.
- SEPE (varios años): *Estadística de Empleo*. Madrid.
- SERRANO, C. (2009): Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación. Colección Trabajo y Seguridad Social nº 38. Editorial Comares.

- THUY, P.; HANSEN, E. y PRICE, D. (2001): El servicio público de empleo en un mercado de trabajo cambiante. Colección Informes OIT núm. 55. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.
- WALWEI, U. (1996): “Improving Job-matching through Placement Services”, en Günther Schmid, Jacqueline O’Reilly y Klaus Schömann (editores): *International Handbook of Labour Market Policy and Evaluation*,. pp. 402-428. Edward Elgar. Cheltenham.

LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS COMO INSTRUMENTOS DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL TRABAJO

EVA SALDAÑA VALDERAS

Pfra. TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO:

Palabras Clave: Responsabilidad Social, igualdad de género

A estas alturas del debate, parece indudable que las medidas promocionales de la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres constituyen uno de los contenidos esenciales de la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE). Por si todavía hubiera reservas, la propia Comisión Europea ha señalado que la igualdad de género no es únicamente un eslogan, sino que, por sí misma, es responsabilidad social y económica de las instituciones y de *stakeholders* clave como los agentes sociales y la sociedad civil. Esta perspectiva es propicia para destacar el papel cualificado que desempeña la RSE como complemento de la aplicación de las herramientas jurídico-normativas sobre igualdad entre trabajadoras y trabajadores y como elemento estratégico en la gestión empresarial. No obstante, continúa siendo necesario realizar algunas reflexiones respecto a la praxis de género como área específica de la RSE, orientadas a subrayar la existencia de ciertas peculiaridades derivadas tanto del propio concepto de RSE y sus vertientes interna y externa como del marco de acción voluntaria de las empresas que diseña la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres y complementa la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

ABSTRACT

Key Words: Social Responsibility, Gender equity

Up to this point of our debate, there is without a doubt that the promotional measures to foster equal opportunities in labour relations between women and men are a Corporate Social Responsibility issue and indeed one of its key pillars. Even if we doubt, the European Commission pointed out that the gender equity is not only a "slogan" but is in its own, a social responsibility and economic responsibility of institutions and of key stakeholders such as the social agents and the civil society.

From this perspective it is important to highlight the role that the CSR plays as a complement to the application judicial and normative rules or tools on equal rights for workers, and as well, as key element of company management.

Still, we need to make some reflexions respect to the gender praxis as an specific area of CSR, and it shall be oriented to highlight the existence of certain peculiarities derived both about the CSR concept and its roots like the framework of the volunteer actions of companies under the Organic Law 3/2007 which adopts provisions concerning true Equality between Women and Men and complemented by the Law 2/2011 of Sustainable Economy.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN: LAS ACCIONES DE RSE DE TIPO LABORAL Y EL MARCO JURÍDICO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO
2. LA IDONEIDAD DE LAS ACCIONES DE RSE COMO MECANISMO PROMOCIONAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES
3. LA IGUALDAD LABORAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO CAMPO ESPECÍFICO DE LA RSE: ALGUNAS PRECISIONES
 - 3.1. El riesgo de catalogar como RSE el cumplimiento de las disposiciones mínimas sobre igualdad de género
 - 3.2. La promoción de la igualdad de género como objetivo necesariamente desagregado de la Gestión de la Diversidad
 - 3.3. La vertiente externa de la RSE y el “mapa de la igualdad”: el efecto multiplicador de la dimensión de las empresas suministradoras y el sector de actividad
4. LAS ÁREAS DE INCIDENCIA DE LAS PRÁCTICAS DE RSE DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: LAS ACCIONES DE RSE DE TIPO LABORAL Y EL MARCO JURÍDICO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

Cuando se aborda la cuestión de la igualdad entre mujeres y hombres desde la RSE parece necesario partir de la idea de que se trata de un espacio material compartido que implica a diferentes disciplinas. En este sentido, no hay que perder de vista que uno de los objetivos de la RSE, como política de gestión empresarial inserta en un entorno globalizado, europeo y nacional¹, es la mejora de

¹ Como muestra del interés suscitado y la atención institucional prestada a la cuestión, orientada a su visibilidad, pueden citarse una serie de instrumentos germinales que no parece ocioso recordar. En este sentido, a nivel global, es imprescindible mencionar, entre otros de diverso origen, Naciones Unidas, Pacto Mundial (Global Compact), 26 de julio de 2000, que puede consultarse en <http://www.unglobalcompact.org/>. Análogamente, dentro del marco comunitario, han de citarse la Resolución del Consejo, de 6 de febrero de 2003, relativa a la Responsabilidad Social de las empresas DOCE 2003/C, 39/02, de 18 de febrero de 2003. A su lado, entre los instrumentos emanados de la Comisión, pueden mencionarse Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión Libro Verde - Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, Bruselas, 18 de julio de 2001, COM (2001), 366 final; Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos, Bruselas, 15 de octubre de 2001, COM (2001) 566 final; Comunicación de la Comisión relativa a La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, Bruselas, 2 de julio de 2002, COM (2002) 347 final; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas COM (2006) 0136 final, Bruselas, 22 de marzo de 2006. Igualmente, es necesario mencionar Comisión de las Comunidades Europeas, Agenda Social Europea, febrero de 2005, apartado “Una nueva dinámica para las relaciones laborales” y las Conclusiones de la Cumbre Europea de Bruselas, 22 y 23 de marzo de 2005, Conclusión 20.

En el plano nacional y con una óptica general sobre la RSE, pueden citarse, entre otros, los documentos emanados del Foro de Expertos sobre RSE, “Las políticas públicas de fomento y desarrollo de la RSE en España”, 2007, y el “Informe-Conclusiones del Foro de Expertos en Responsabilidad Social de las Empresas”, 2007.

las condiciones laborales y el bienestar de los trabajadores², en áreas tales como la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la conciliación de la vida familiar y laboral³. Como puede inferirse, esta finalidad presenta diversas vertientes y entre ellas, de manera indudable, se halla la jurídica.

Precisamente por esta razón y para acotar el ámbito de este estudio, resulta obligado comenzar recordando, al menos sintéticamente, cuales serían los exponentes del aspecto jurídico de la cuestión. Como instrumento medular, habría que referirse a la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH) que⁴, de acuerdo con su vocación de orientarse a todas las esferas de la realidad social, también lo hace desde el punto de vista de la RSE. Esta línea de tendencia⁵, que posee sus correlatos a nivel autonómico⁶, se pone de manifiesto en su redacción a través de diversas fórmulas, algunas de las cuales conviene ahora recordar. Por un lado, habría que mencionar las previsiones expresas contenidas en el específico Título VII donde se contempla la realización voluntaria de acciones de RSE en materia de igualdad, consistentes, entre otras posibles, en medidas de tipo laboral destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres tanto en el seno de la empresa como en su entorno social (art. 73). Por otro, es necesario citar, dentro de su Título IV dedicado genéricamente al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, la referencia a la elaboración e implantación voluntaria de Planes de igualdad, primordialmente orientada a las PYMES, a la que acompaña el correspondiente compromiso de establecimiento de medidas públicas de fomento y apoyo (arts. 45.5 y 49). Ambas previsiones tienen

² Desde los instrumentos internacionales, por todos, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas..., cit., pg. 2.

En esta misma línea, desde una perspectiva doctrinal generalista, pero extrapolable al presente estudio, Lahera Forteza, J., Códigos de conducta laborales: poder de dirección, negociación colectiva y responsabilidad social de la empresa (Comentario a la STS 4ª de 7 de marzo de 2007), RL I, 2007, pg. 818. Igualmente, Sepúlveda Gómez, M., Responsabilidad Social de las empresas y eficacia en la calidad en el empleo, en AA.VV., (Cruz Villalón, J. Dir.), Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo, Tirant lo Blanch Monografías, Valencia 2011, pg. 365.

³ Aunque en términos no específicos, vid. al respecto Conclusiones de la Cumbre Europea de Lisboa del año 2000, Conclusión 39, y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo - Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas, cit., pg. 2.

A nivel nacional, entre otras referencias, vid. Foro de Expertos sobre RSE, "Informe-Conclusiones...", cit, pgs. 8 y 9; igualmente, "Las políticas públicas de fomento y desarrollo de la RSE en España", cit., pgs. 3 y ss.

⁴ De 22 de marzo, BOE de 23 de marzo de 2007.

⁵ En esta línea, vid. el art. 31 del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No discriminación, aprobado por Consejo de Ministros el 3 de junio de 2011.

⁶ Al respecto, entre otros ejemplos, vid., tanto la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, DOG de 13 de abril de 2007, arts. 13-17, como la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, BOJA de 18 de diciembre, art. 34.

encaje en una de las finalidades del citado texto legal, que no es otra que el desarrollo del deber de los poderes públicos de remover los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad efectiva de los individuos y de los grupos en los que se integran, facilitando la igualdad de oportunidades a aquellos sujetos que se hallan en una situación de desventaja, como sucede con las mujeres. Complementariamente, pero ya en otro plano, la Ley 2/2011 de Economía Sostenible (LES) viene a unirse a estas previsiones⁷. A estos efectos, incorpora algunas pautas en las que se anuda la sostenibilidad en la gestión empresarial con la atención responsable a la promoción de la integración de la mujer y la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, tanto en el sector público (arts. 35.1 y 2; 39.1 y 2), con referencias específicas a su vertiente externa (art. 35.2.c), como en el sector privado (art. 39.1 y 2), dentro de una línea conductora en la que el crecimiento sostenible habrá de favorecer la igualdad de oportunidades (art. 2).

En este sentido, como justificación última de todo lo anterior, hay que subrayar que, como otros factores diferenciales, el género es indudablemente una categoría social que influye en gran medida en las oportunidades de las personas⁸. Específicamente, sigue siendo necesario constatar que los desequilibrios sociales basados en el género se producen paradigmáticamente en el campo de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo⁹, así como en el acceso a los centros de toma de decisiones¹⁰. Es indudable que estas circunstancias contravienen principios jurídicos básicos, al tiempo que disminuyen la calidad en el empleo, lastran la economía y provocan el escape del talento¹¹. Paradójicamente, aunque puede observarse una presencia cada vez mayor de la mujer en el mercado de trabajo y sus logros en la educación y formación, las disparidades son persistentes¹². Continúan siendo notorias en aspectos como las tasas de empleo y las disfunciones en la contratación laboral¹³; el acantonamiento en sectores determinados peor retri-

⁷ De 4 de marzo, BOE de 5 de marzo de 2011.

⁸ Desde una perspectiva doctrinal, con otro enfoque, vid. Alvarez del Cuvillo, A., El género como categoría y las categorías de género, *Revista de Derecho Social* N° 52, 2011, pgs. 88 y 91-92.

Con un enfoque específico, para su ámbito, vid. International Financial Corporation & Global Reporting Initiative (in partnership with Governments of Germany, Iceland and Switzerland), *Embedding Gender in Sustainability Reporting. A Practitioners Guide*, 2009, pg. 15, versión electrónica.

⁹ En esta misma línea, Merino Segovia, A., *Igualdad de género, empresa y RSE*, Ed. Bomarzo, Albacete 2009, pg. 33.

¹⁰ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015*, SEC(2010) 1079, Bruselas, 21 de septiembre de 2010 COM(2010) 491 final, pgs. 3 y 7-8.

¹¹ Como se indica en Comisión Europea, Comunicación de la Comisión..., *Estrategia...*, cit. pgs. 1, 3 y 7-8. Desde el punto de vista específico de la relación entre la RSE y la calidad en el empleo, Sepúlveda Gómez, M., *ob. cit.*, pgs. 295 y 301.

Con el enfoque de la organización de empresas, Saldaña F. y Llàtser, G., *Guía para la gestión de la igualdad en las organizaciones*, Cuadernos Forética N° 8, Madrid 2007, pgs. 9 y 23.

¹² Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión..., *Estrategia...*, cit., pg. 1

¹³ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión..., *Estrategia...*, cit., pg. 7.

buidos¹⁴; la disparidad en el nivel de las remuneraciones propiamente¹⁵; el tiempo de trabajo¹⁶; el acceso a puestos de responsabilidad y su desempeño¹⁷; el deficiente tratamiento y prevención de riesgos laborales específicos¹⁸; la proporción de cuidados a hijos y familiares y tareas del hogar¹⁹; las interrupciones no deseadas en la trayectoria profesional y los riesgos de pobreza²⁰ y de exclusión social²¹.

Frente a este diagnóstico, el llamamiento al sentido de la RSE, tanto en su vertiente interna como externa, cobra especial significado. Su potencial para contrarrestar este panorama, a través del diseño de políticas de género y la implementación de buenas prácticas, así como la idoneidad de su contribución estratégica parecen contrastados, como demuestra la atención que suscita entre los poderes públicos, las empresas y sus *stakeholders* o grupos de interés.

2. LA IDONEIDAD DE LAS ACCIONES DE RSE COMO MECANISMO PROMOCIONAL DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS RELACIONES LABORALES

Las herramientas tradicionales para combatir la desigualdad entre trabajadoras y trabajadores y conseguir la paridad real son básicamente de tipo jurídico-normativo e incorporan la responsabilidad jurídica por incumplimiento. Sin embargo, como también sucede en otros campos de las relaciones laborales, no siempre son

¹⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, ob. cit., pgs. 6-7 y 11.

¹⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, ob. cit., pgs. 6 y 7. Igualmente, European Commission, Report on progress on equality between women and men in 2010. The gender balance in business leadership, Luxembourg, 2011, pg. 9.

¹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas, ob. cit., pg. 7.

¹⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, ob. cit., pgs. 3, 7-8 y 11.

Más específicamente, European Commission, Report on progress on equality..., cit. pgs. 51-61.

¹⁸ Por todos, vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), Bruselas, 21 de febrero de 2007, COM(2007) 62 Final, Punto 2.

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2009 (2009/2101(INI), punto 16. Igualmente, Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión..., ob. cit., pg. 7 y European Commission, Report on progress..., cit., pg. 8.

²⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Igualdad entre mujeres y hombres — 2010, (SEC (2009) 1706), Bruselas, 18 de diciembre de 2009 COM (2009) 694 final, pgs. 4 y 10, y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia..., cit. pgs. 4-6. También European Commission, Report on progress..., cit., pg. 8. Análogamente, Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres...cit., Considerandos E, Z y L y punto 16.

²¹ Resolución del Parlamento Europeo, cit., Considerandos Q y W y punto 30.

efectivas y eficaces²². Más bien al contrario, son notorios los déficits existentes en la implementación de estos instrumentos y su control²³, que determinan muchas veces su escasa operatividad. Como resultado adicional, se perpetúa la ausencia de calidad en las condiciones de trabajo o su bajo nivel, debido, entre otras posibles causas, a la dificultad de contrarrestar mediante tales instrumentos la presencia de factores estructurales, como las disfunciones existentes en el mercado laboral, y/o la persistente presencia de prácticas discriminatorias de diferente origen.

Con fundamento en razones diversas y con un amplio espectro, pero, en lo que aquí interesa, también como contrapeso a esta problemática, vienen surgiendo nuevas pautas en la estrategia empresarial a través de la RSE, tanto interna como externa, junto a fenómenos de consolidación de las mismas. Como se esbozó anteriormente, esta tendencia se está fomentando desde diversos frentes, tanto en nuestro entorno como a nivel interno²⁴, donde la principal

²² Vid. Cruz Villalón, J. y Rodríguez Ramos, P., Técnicas normativas y efectividad jurídica, en AA.VV., (Cruz Villalón, J. Dir.), cit., pgs. 52-55, para una visión general acerca de las insuficiencias del marco jurídico laboral contemplado desde un punto de vista genérico. Con un enfoque desde la RSE, Sepúlveda Gómez, M., ob. cit., pg. 365.

²³ Desde la óptica específica de la igualdad de género, vid. por todos, Comisión de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión, cit., pgs. 11 y ss.

²⁴ Aunque con una perspectiva no específica, para un panorama de las políticas públicas sobre RSE, tanto desde el punto de vista comunitario como comparado, vid. Knopf, J. y AA.VV., Corporate Social Responsibility. National Public Politics in the European Union, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Luxembourg 2011, pgs. 15 y 64 y ss.

Acerca de las iniciativas institucionales, cabe referirse en primer lugar a las propuestas parlamentarias, vid. Proposición de Ley 122/000210, *Responsabilidad social de las empresas*, del Grupo Parlamentario Socialista. BOGCG, Congreso de los Diputados, 10 de mayo de 2002, Serie B N° 235-1; y Proposición de Ley, relativa a adopción de medidas para promover la responsabilidad social de las empresas, 162/000234, BOCG, Congreso de los Diputados, 31 de octubre de 2008, Serie D N° 95. En segundo lugar e, igualmente, cabría subrayar el fundamental impulso llevado a cabo por el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE), que también cuenta con reflejos a nivel autonómico, y ofrece muestras recientes. En este sentido, vid. en lo que interesa a este trabajo, entre otros, los documentos “El papel de la RSE ante la crisis económica: su contribución al nuevo modelo productivo, la competitividad y el desarrollo sostenible”; “Gestión de la Diversidad, Cohesión Social y Cooperación al Desarrollo”; y “Transparencia, comunicación y standards de los informes y memorias de sostenibilidad”, aprobados el 3 de mayo de 2011.

Paralelamente, es posible hallar muestras del interés de los agentes sociales por la RSE en las referencias existentes a nivel de ANC. Aunque carecen de menciones expresas a las políticas de género, entre sus objetivos interesa destacar la extensión de las buenas prácticas laborales y las políticas de igualdad de oportunidades. En este sentido, cabe citar el ANC 2005, que, por primera vez, incorpora el tratamiento de la RSE a esos niveles y que incorpora el compromiso de las organizaciones firmantes de incluir las prácticas de RSE en las estrategias de las organizaciones que voluntariamente asuman valores sociales. En la misma línea se enclavaría el ANC 2007, donde los firmantes reclaman un protagonismo más intenso de las empresas, los trabajadores y sus organizaciones representativas en materia de RSE. A su lado, se debe mencionar el documento “La RSE. Diálogo Social”, elaborado por la Mesa de Diálogo Social sobre RSE y aprobado a finales de 2007, como especificación de algunos de los presupuestos del propio ANC, que le sirve de fondo. Finalmente, en el plano andaluz, cabe destacar, entre otros instrumentos, el VII Acuerdo de Concertación Social 2009, pgs. 60-61, donde se contienen referencias específicas a la vinculación existente entre igualdad de género y RSE, proponiéndose medidas a estos efectos.

referencia específica es el marco de la LOIEMH, al que cabría añadir complementariamente las previsiones de la LES ya citadas.

Puede decirse que una de las líneas conductoras del interés que muestra esta regulación por la RSE descansa sobre el principio de que la asunción de la igualdad como valor empresarial ayuda a garantizar el cumplimiento de la legislación vigente²⁵. Contemplada desde esta óptica, la promoción de las buenas prácticas de RSE aparece como una herramienta que se suma a las ya existentes para incitar a las empresas a actuar como verdaderos agentes protagonistas de la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres²⁶. A estos efectos, las acciones de RSE serían instrumentos relativamente nuevos que pivotan sobre un cambio de rol por parte empresarial que conviene impulsar: mediante su adopción voluntaria, la empresa pasaría de ser parte del entorno del problema, bien por inactividad o a causa de sus decisiones, a alinearse con los protagonistas de la solución.

La incorporación de políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la gestión empresarial tiene otras repercusiones que merecen igualmente una valoración favorable. Según estudios especializados, los motivos que las empresas encuentran para implementar una política de gestión de personal orientada a la igualdad de oportunidades dependen tanto de expectativas internas como externas²⁷. Sintéticamente pueden reconducirse a cuatro áreas: la inclusión de las capacidades profesionales de las mujeres en la política de desarrollo de personal, con mejor aprovechamiento de los recursos humanos; la mejora del clima laboral con el fin de incrementar la productividad; el compromiso personal de la dirección y la administración de la empresa; y finalmente, la mejora de la imagen pública de la propia organización²⁸.

Adicionalmente, el papel proactivo de la empresa que adopta un enfoque de género en su praxis de RSE se ve notablemente magnificado en situaciones de crisis económica, ya que puede coadyuvar a la atenuación de sus efectos²⁹.

²⁵ Acerca de esta función garantista de la RSE en materia de género, desde la organización de empresas, Saldaña, F. y Llätser, G., *ob. cit.*, pg. 25.

²⁶ En esta misma línea, Gala Durán, C., *Responsabilidad Social Empresarial y políticas de igualdad*, en AA. VV. (Fernandez Amor, J.A. y Gala Durán, C., Coords.), *La Responsabilidad Social Empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona 2009, pg. 208.

²⁷ Entre otros, Saldaña, F. y Llätser, G., *ob. cit.*, pg. 25. Más específicamente, Engelbrech, G., *Análisis de la situación de las mujeres y la igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo*, ponencia presentada a las Jornadas sobre La igualdad como instrumento rentable en las organizaciones, Diputación Foral de Bizkaia, 30 de mayo de 2002, Emakunde/Ados Consulting Ikertaldea, S.L., *Dossier sobre Responsabilidad Social Corporativa e igualdad de oportunidades*, pg. 52, que puede consultarse en http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0155/excelencia_3_c.pdf

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ CC.OO. y UGT, *Comentarios al Grupo de Alto nivel RSE-Unión Europea*, 31 de enero de 2011, pg. 2, versión electrónica.

Precisamente al hilo de esta cuestión, hay que aclarar que bastantes de las acciones de RSE en la materia que nos ocupa pueden llevarse a la práctica porque son asequibles y, además, tienen un efecto positivo inmediato para la organización, o en algunos casos, son absolutamente necesarias para asegurar la supervivencia de la empresa³⁰. En suma, como se ha constatado doctrinalmente y desde instituciones técnicas, puede decirse que existe una concatenación entre las políticas de género y el éxito empresarial a largo plazo³¹.

Según se apuntó anteriormente y al margen del debate acerca de la conveniencia de la regulación legal de la RSE a través de un sistema de mínimos³², ya con algún ejemplo a nivel periférico³³, por su idoneidad, las buenas prácticas de RSE están siendo potenciadas específicamente por parte de los poderes públicos mediante diversos mecanismos de promoción y reconocimiento que pueden beneficiar a todas las empresas³⁴. A través de estas vías, se trata de impulsar y valorar la adopción de acciones de RSE como instrumento orientado a la corrección de desequilibrios basados en el género y al fomento de actuaciones de calidad en las condiciones de trabajo, con la correspondiente repercusión en la satisfacción laboral³⁵, objetivos que, con la mera aplicación de las herramientas jurídico-normativas, son difíciles de conseguir³⁶. De este

³⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Un compromiso compartido en favor del empleo, Bruselas, 3 de junio de 2009, COM (2009) 257 final, pg. 3.

Desde la organización de empresas, Saldaña, F. y Llàtser, G., ob. cit., pg. 12.

³¹ International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, Embedding Gender in Sustainability Reporting – a Practitioner’s Guide, cit., pg. 6.

Acerca de la rentabilidad de estas políticas, entre otros, Homs i Ferret, O., La igualdad como elemento de calidad y rentabilidad en las organizaciones, ponencia presentada a las Jornadas sobre “La igualdad como instrumento rentable en las organizaciones”, cit., pg. 59.

³² Sobre este aspecto, entre otros, Aparicio Tovar, J. y Valdés de la Vega, B., Sobre el concepto de Responsabilidad Social de las Empresas. Un análisis europeo y comparado, en AA.VV. (Aparicio Tovar, J., Barañano Cid, M. y Valdés de la Vega, B., Coords.), La Responsabilidad Social empresarial en Europa y las corporaciones transnacionales, Cuadernos de Relaciones Laborales (Monografía) Vol. 27, Nº. 1, 2009, pgs. 67-68.

³³ En esta línea, vid. la Ley 15/2010, de 9 de diciembre, de RSE en Extremadura, DOE de 15 de diciembre de 2010.

³⁴ En este sentido, vid. los arts. 35, 50 y 74 de la LOIEMH. Complementariamente, vid. los arts. 35.1 y 2, letras a) y c) y el art. 39 de la LES, específicamente en sus apartados 1 y 2.

Acerca de la justificación de la adopción de estas medidas por parte de los poderes públicos, con incorporación de orientaciones en este sentido, vid. Foro de Expertos sobre RSE, “Informe–Conclusiones...”, cit., pgs. 12 y 13. Igualmente, Rodríguez-Piñero Royo, M. (Dir.) y AA.VV., Responsabilidad Social Corporativa y relaciones laborales en Andalucía, 2008, pg. 63, que puede consultarse en <http://www.andalucia.ccoo.es/comunes/temp/recursos/2/128456.pdf>.

³⁵ Saldaña, F. y Llàtser, G., ob. cit., pg. 15.

³⁶ Dirección General para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, “Estrategias y líneas de actuación en la RSE con perspectiva de género”, 2010, pg. 1, que puede consultarse en <http://www.migualdad.es>.

modo, las buenas prácticas de RSE se manifiestan como un complemento de la intervención de los poderes públicos que facilita la mejor implementación y adaptación de aquellas a la realidad empresarial, al tiempo que generan ventajas competitivas para las empresas.

Por último, como ejemplo de la línea de tendencia de las políticas públicas mencionadas, que también cuenta con su paralelismo en el plano autonómico³⁷, pueden recordarse las previsiones contenidas en el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011, que establece como objetivo la necesidad de “Velar por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y fomentar las acciones de responsabilidad social en las empresas”³⁸. Las medidas orientadas a conseguir este fin consisten en una serie de actuaciones generales de tipo horizontal, entre las que podemos destacar las destinadas al incremento de la cultura empresarial de la igualdad como valor y su plasmación en acciones de RSE. En este sentido, cabe mencionar propuestas como la realización de programas específicos de sensibilización y formación en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres³⁹, dirigidos a los agentes implicados en la puesta en marcha de Planes de igualdad (cuerpo directivo, sindicatos, plantilla, áreas de personal de las empresas, representantes en la negociación, etc.) y a la postre, en el diseño e implementación de las acciones de RSE⁴⁰; el estudio de la evolución de la implementación de los Planes de igualdad en las empresas con atención al impacto que su implantación tenga sobre la productividad y la competitividad de las mismas⁴¹; el incentivo y apoyo a PYMES y MICROPYMES para la incorporación de la igualdad de oportunidades en sus organizaciones⁴²; y, finalmente, como mecanismo de reconocimiento público de la excelencia en igualdad de género, la concesión del «Distintivo empresarial en materia de igualdad»⁴³.

³⁷ Por ejemplo, sería el caso del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013, aprobado en enero de 2010. Específicamente, vid. su Objetivo 7, orientado a Fomentar y reconocer la RSE en materia de igualdad de género, pgs. 48 y 49.

³⁸ Aprobado en diciembre de 2007, Objetivo 2, Eje 2.

³⁹ Medidas 2.1 y 2.2, pg. 27.

⁴⁰ Medida 2.4, pg. 27.

⁴¹ Medida 2.8, pg. 27.

⁴² Medida 2.2., pg. 27.

⁴³ Medida 2.5, pg. 27, plasmada en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa», BOE de 3 de noviembre de 2009. De manera específica, puede constatarse a su tenor la inclusión de la RSE entre los requisitos generales exigidos para proceder a la solicitud del sello y como criterio de valoración. En este sentido, vid. respectivamente los arts. 4.e) y 6.c) y el art.10.3 y, más concretamente, su letra f).

3. LA IGUALDAD LABORAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO CAMPO ESPECÍFICO DE LA RSE: ALGUNAS PRECISIONES

En lo que atañe a este estudio y sin obviar la complejidad conceptual de la figura⁴⁴, debemos remarcar que la RSE es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales y de respeto a los derechos humanos que nacen de la relación y el diálogo transparentes con sus *stakeholders*⁴⁵, responsabilizándose así de las consecuencias y los impactos que se derivan de sus acciones⁴⁶. La empresa asume de este modo el impacto que producen sus actuaciones, tanto de aquellas que tienen lugar en su propio seno como las que genera en su entorno social, con independencia de sus propias dimensiones: aunque el concepto de RSE se ha venido aplicando sobre todo en las grandes empresas, es indudable que las prácticas socialmente responsables pueden existir en todo tipo de organizaciones, públicas y privadas, incluidas PYMES, MICROPYMES y cooperativas⁴⁷.

Aceptada esta caracterización, al menos de una manera instrumental, parece necesario indicar, no obstante, que el acercamiento a la cuestión de la igualdad de género como área específica de la RSE requiere la realización de algunas precisiones y matices que afectan a determinadas facetas de las vertientes señaladas⁴⁸. Se trata de insistir en ciertos principios o premisas generales de la RSE y reflexionar acerca de la modulación que puede observarse en algunos de ellos si se analizan desde el punto de vista de este estudio. Del mismo modo,

⁴⁴ Acerca de la complejidad del concepto, entre otras referencias, vid. European Commission, Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Corporate Social Responsibility. National Public Politics in the European Union, cit., pg. 9 y ss. Desde una óptica doctrinal, pueden extrapolarse al ámbito de este estudio las reflexiones de McCrudden, C., Responsabilidad empresarial y contratación en el sector público, Cuadernos Forética N.º 9, pg. 7, versión electrónica. Para un estudio evolutivo, entre otros, Aparicio Tovar, J. y Valdés de la Vega, B., ob. cit., pgs. 54-59 y 63-68.

Para una concepción desde una óptica sindical, Confederación Europea de Sindicatos (CES), Resolución sobre RSE de 9-10 junio de 2004, punto 8, que puede consultarse en Cuadernos de Información Sindical, La dimensión laboral de la RSE, N.º. 63/2005. Desde la misma perspectiva, pero centrada en el rechazo a la unilateralidad, la autorregulación y la autocertificación, CC.OO. y UGT, Comentarios al Grupo de Alto Nivel en RSE de la Comisión Europea, cit., pgs. 1 y 3.

⁴⁵ En este sentido, vid. Foro de Expertos sobre RSE, “Las políticas públicas de fomento y desarrollo de la RSE en España”, cit., pg. 7.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión Libro Verde, cit., punto 5.

⁴⁸ Para un listado de los aspectos que puede abarcar la vertiente interna de la RSE, Saldaña, F. y Llátser, G., ob. cit. pg. 11.

resulta conveniente enfatizar algunos aspectos que podrían considerarse particulares de la cuestión que nos ocupa, sobre todo si se conectan con algunas de las previsiones de la LOIEMH.

3.1. El riesgo de catalogar como RSE el cumplimiento de las disposiciones mínimas sobre igualdad de género

De acuerdo con la finalidad que se acaba de explicar, resulta obligado recordar que, desde la perspectiva ius-laboral, genéricamente hablando, la RSE supondría dos cosas: por un lado, el cumplimiento de los estándares laborales mínimos como punto de partida y⁴⁹, por otro, el ejercicio, dentro de la libertad de empresa, de acciones de mejora o suplementarias de los mismos como estrategia. Como puede deducirse, la RSE significa ir siempre más allá de lo que resulta obligatorio por ley o por convenio colectivo en beneficio de las partes interesadas⁵⁰; igualmente implica la exigencia a éstas de idéntico comportamiento e implementación, no solo desde el punto de vista interno, sino también desde la vertiente externa (cadena de contratadas y subcontratadas; proveedores)⁵¹. Por lo tanto, cuando nos referimos a las acciones de RSE debe quedar claro que se trata de las prácticas que pueden implementar voluntariamente las empresas para mejorar la calidad del empleo y su entorno laboral más allá del estricto cumplimiento de la ley⁵², pero que, en ningún supuesto, sustituyen a la legalidad aplicable y que siempre han de ser adicionales respecto de la normativa mínima⁵³. Esta explicación resulta necesaria porque, en nuestro país, el concepto de empresa socialmente responsable todavía necesita ser clarificado e incorporado a la cultura de las organizaciones, muchas de las cuales perseveran erróneamente en identificar RSE con la mera responsabilidad legal o jurídica, como se ha puesto de manifiesto doctrinalmente⁵⁴.

⁴⁹ Confederación Europea de Sindicatos (CES), Resolución sobre RSE..., cit. punto 8. Desde una óptica doctrinal, pueden trasladarse al ámbito de este estudio las reflexiones de Lahera Forteza, J., ob. cit., pg. 817.

⁵⁰ En este sentido, vid. Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, Informe de la Subcomisión, BOCG N.º. 423, Serie D, 31 de julio de 2006, pgs. 27-29. Igualmente, Dirección General para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, "Estrategias y líneas de actuación en la RSE con perspectiva de género", cit., pg. 1.

Desde un punto de vista genérico, Lahera Forteza, J., ob. cit., pg. 817.

⁵¹ Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, Informe... cit., pgs. 27-29.

⁵² En esta línea, vid. Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, Informe... cit., pgs. 27-29. Igualmente, Dirección General de Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit., pg. 1.

Desde una perspectiva doctrinal, con otra óptica distinta, Lahera Forteza, J., ob. cit., pg. 817.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ En el mismo sentido, desde un punto de vista no referido al género sino global, Aparicio Tovar, J. y Valdés de la Vega, B., ob. cit., pg. 64.

Esta contradicción resulta por lo demás, bastante apreciable cuando se trata de políticas de género, siendo posible la detección de disfunciones en este campo.

En línea con estas afirmaciones, si trasladamos estas premisas a la perspectiva que nos ocupa, el punto de partida para poder hablar de buenas prácticas de RSE orientadas a la promoción de la igualdad de género habrá de ser el estricto cumplimiento en la empresa de las disposiciones mínimas acerca de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales y, por supuesto, la ausencia de cualquier práctica discriminatoria, tanto directa como indirecta. Este será necesariamente el presupuesto básico para verificar la existencia de empresas socialmente responsables desde el enfoque de género y proceder a su calificación como tales. Por lo tanto, de acuerdo con esta idea, el mero cumplimiento de la legalidad laboral en materia de igualdad de género ha de descartarse como acción de RSE: es indudable que no constituiría un comportamiento socialmente responsable. Más específicamente, por ejemplo, el establecimiento de medidas de igualdad en observancia del deber de negociar las mismas que prevé el art. 85.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁵⁵, no sería RSE; como tampoco lo sería el establecer un Plan de igualdad cuando resulta obligatorio de acuerdo con los arts. 17.5 y 85.1 y 2 del mismo texto legal y a tenor de las previsiones de los arts. 45 a 47 de la LOIEMH. Y al contrario, para que podamos hablar de buenas prácticas de RSE cabría atender al carácter suplementario y de mejora de las acciones correspondientes a partir de los citados estándares legales. En este sentido, se calificarían como acción de RSE, por ejemplo, la adopción de medidas de acción positiva si no aparecen impuestas por los instrumentos aplicables en la organización o son suplementarias de las existentes⁵⁶, a tenor de lo previsto en el art. 17.4 del ET; o, específicamente en PYMES y MICROPYMES, aquellas acciones que resulten voluntarias al amparo de la legalidad, como la elaboración de un Plan de igualdad, *ex art.* 45.5 de la LOIEMH.

Esta percepción parece tener acogida afortunadamente, siendo factible hallar buena praxis derivada de la estrategia de las propias organizaciones⁵⁷: no hay que olvidar que, a pesar de todo, se ha constatado que las medidas para la igualdad entre trabajadoras y trabajadores se hallan entre las áreas de gestión

⁵⁵ BOE de 29 de marzo.

⁵⁶ En esta línea, Gala Durán, C., *ob. cit.*, pg. 208.

⁵⁷ Por ejemplo, puede constatarse la existencia de acertadas políticas de género entre las acciones de RSE en los casos reales estudiados en Dirección General de Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, "Estrategias...". Por señalar solo una muestra, *vid.* pgs 2-6.

de la RSE más maduras⁵⁸, al menos en ciertos aspectos. Sin embargo, existen supuestos, algunos de los cuales pueden detectarse a través de los correspondientes pronunciamientos judiciales, en los que puede apreciarse de manera paradigmática la confusión de términos que venimos explicando, cuando no la contradicción entre la política empresarial declarada y la práctica. Se trata en estas hipótesis de ciertas políticas que demuestran que la comprensión, o incluso la asunción, del concepto de RSE y sus implicaciones desde el punto de vista de género, son nulos, aun incluyéndose en las Memorias de RSE. Dejando a un lado los casos de aquellas empresas que establecen políticas de género por la vía de las acciones de RSE con intención puramente cosmética, como puede inferirse de la existencia de prácticas discriminatorias en su seno, debemos subrayar la existencia de organizaciones que se arrojan el carácter de socialmente responsables cuando en realidad “solo” están siendo jurídicamente responsables del cumplimiento de los estándares legales en materia de género, vistas las acciones que publicitan, consistentes exclusivamente en la observancia de las correspondientes obligaciones legales. Adicionalmente, esta circunstancia se puede producir en coexistencia con la vulneración de la legalidad vigente, como puede verificarse a través de la petición de tutela por parte de las trabajadoras perjudicadas frente a la adopción de determinadas decisiones o políticas de Gestión de los Recursos Humanos (en adelante RR.HH.), del todo incompatibles con el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato y la prohibición de discriminación basada en el género. Ante la constatación de estas circunstancias, la paradoja que venimos explicando se ha llegado a descubrir incluso jurisprudencialmente, afirmándose que estas disfunciones se han producido en la organización “...A pesar, de que cada vez son más frecuentes las manifestaciones corporativas en relación con su compromiso con la llamada responsabilidad social de las empresas, que incluye la lucha contra la desigualdad de género y hasta el interés por la paridad...”⁵⁹.

3.2. La promoción de la igualdad de género como objetivo necesariamente desagregado de la Gestión de la Diversidad

A estas alturas del debate, parece indudable que las medidas promocionales de la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres consti-

⁵⁸ Al respecto, consúltense los datos acerca de los ítems referibles a la igualdad de género en los programas de RSE que se vienen implantando en Forética-Silos, J. (Dir.), Informe Forética 2011. Evolución de la Responsabilidad Social de las Empresas en España (Versión ejecutiva), respectivamente pgs. 7-9 y 12.

⁵⁹ Puede citarse, por todos los pronunciamientos que pueden ilustrar estas contradicciones, la STSJ Cataluña, de 30 de julio de 2007, AS 2007/3334, FJ 4, cuyo fragmento se ha transcrito, donde, dentro de un litigio sobre las prácticas discriminatorias sexistas en materia de promoción profesional, se hace referencia específica al concepto de RSE desde la óptica que se ha expuesto.

tuyen uno de los contenidos esenciales de la RSE⁶⁰. Este rango no solo se debe a su papel cualificado como complemento de las herramientas jurídico-normativas del que hemos hablado anteriormente⁶¹, sino a su carácter de elemento estratégico en la gestión empresarial. Sin embargo, para que desplieguen toda su efectividad, no pueden diluirse dentro de otras políticas como la Gestión de la Diversidad⁶², que contempla dimensiones como la raza o la procedencia étnica, la orientación sexual, la nacionalidad, la religión o creencias, la discapacidad o la edad⁶³. Frente a la tendencia contraria a la desagregación que muestran no pocas memorias de RSE, aunque reconozcan la igualdad de género como una prioridad⁶⁴, parece conveniente propugnar su carácter de objetivo desagregado dentro de las prácticas responsables. Se conformaría de esta manera otra vertiente, *sui generis* desde luego, de la transversalidad de género aplicada a la Gestión de los RR.HH. Hablamos, por lo tanto, de un aspecto que habrá de estar en el mismo plano que los demás, puesto que no es ni mucho menos una materia secundaria⁶⁵.

Para servir de fundamento a estas afirmaciones es posible encontrar razones de diversa naturaleza:

a) En primer lugar, existen justificaciones de tipo cuantitativo, que demostrarían que las trabajadoras no son una minoría⁶⁶. En este sentido, frente a otras opiniones, habría que preguntarse si es posible abordar el género como mero elemento de diversidad, cuando la población española está compuesta en un 50,7 % por mujeres⁶⁷. De igual manera, habría que cuestionarse el criterio género como rasgo de diversidad si, también estadísticamente, se viene demostrando el aumento de la participación de las mujeres en todas las situaciones profesionales y los importantes avances registrados en su

⁶⁰ Como pone de relieve la doctrina. En un sentido genérico, Gala Durán, C., ob. cit., pg. 207.

Desde la óptica de la organización de empresas, Saldaña, F. y Llàtser, G., ob. cit., pg. 13. Análogamente, Sánchez Hernández, R. y Montes Romero, A., Las políticas de igualdad de género: uno de los pilares de la Responsabilidad Social Corporativa, Revista del Ministerio de Trabajo, Economía y Sociología, N.º. 86, 2011, pgs. 17 y ss.

⁶¹ Como indica la Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit., pg. 1.

⁶² Ibidem.

⁶³ Para una visión general de las tendencias comparadas en cuanto al contenido que se le viene dando al término, Malvido, U., Diversidad: viejos debates, nuevos indicadores, 2010, que puede consultarse en <http://diversidadcorporativa.com/2010/12/31/diversidad-debates-medidas-indicadores/>.

⁶⁴ En este sentido, vid. International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pgs. 12-13.

⁶⁵ Como se desprende, entre otros, de Comisión de las Comunidades Europeas Comunicación de la Comisión relativa a La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, cit, pg. 22.

⁶⁶ Aunque realizada con otro enfoque, sería extrapolable la afirmación en este sentido de Malvido, U., Men and Gender Equality, 2011, que puede consultarse en <http://diversidadcorporativa.com/2011/03/16/men-and-gender-equality/>.

⁶⁷ INE, Mujeres y Hombres en España, 2010, pg. 9.

incorporación al mercado de trabajo en los últimos años⁶⁸. Al respecto, no hay que olvidar que, como ha señalado la Comisión de las Comunidades Europeas, “...Las prácticas de RSE deben reflejar cambios sociales profundamente enraizados, como la creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo, adaptando a tal efecto los cambios estructurales y transformando el entorno de trabajo de modo que puedan crearse condiciones más equilibradas para hombres y mujeres mediante el reconocimiento de la valiosa contribución de estas últimas, lo que beneficiará a la sociedad y a la propia empresa”⁶⁹.

b) En segundo término, cabría explicar el peso de argumentos de tipo cualitativo. En este sentido, hay que subrayar inicialmente la necesidad de superar la concepción del género como dimensión específica de la Gestión de la Diversidad, porque supone la contemplación de un paradigma a superar, según el cual la regla es la sobrerrepresentación masculina y la excepción la presencia femenina, que desde esta lógica sí resultaría ser una minoría, destinataria de acciones inclusivas o promocionales que también merecen otros colectivos o grupos diferenciados. Las opciones intermedias⁷⁰, a favor de conjuntar diversidad e inclusión de género, nos parecen ciertamente tibias, aunque efectivamente puedan estar regidas por criterios prácticos y hallar su justificación en los mismos. Adicionalmente, como venimos diciendo y también sucede con otros rasgos identificativos, es indudable que el género es una categoría social que influye fuertemente en las oportunidades de las personas, especialmente en el ámbito de las relaciones laborales, hasta el punto de que, cuando se produce una intersección con otras características sociales, connota una mayor diferenciación por edad, etnia, capacidad física, orientación sexual, etc.⁷¹, lo cual justifica un tratamiento autónomo. En este sentido, cabría añadir que, como se ha afirmado institucionalmente, las referencias de género no desagregadas, al aparecer incluidas en conceptos más amplios, pueden “...restar relevancia a las cuestiones relativas a la igualdad, producir confusión sobre el mensaje que se quiere transmitir y limitar eficacia al papel que puede jugar la RSE en la consecución de ciertos objetivos en materia de igualdad de oportunidades”⁷².

⁶⁸ Por todos, Comisión Europea, Comunicación de la Comisión..., Estrategia..., cit., pg. 1

⁶⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión relativa a La responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, cit, pg. 22.

⁷⁰ Por ejemplo, Malvido, U., Men and Gender Equality, cit.

⁷¹ International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pg. 15.

⁷² En esta línea se ha decantado el CERSE de manera expresa, a través de su Grupo de Trabajo sobre “El papel de la RSE ante la crisis económica: su contribución a un nuevo modelo productivo, la competitividad y el desarrollo sostenible”, cuyo documento homónimo, cit., separa el tratamiento de la diversidad, que se engloba dentro del apartado “RSE y cultura interna”, y el correspondiente a “RSE y la perspectiva de igualdad”. Vid. respectivamente pgs. 12-13 para el primer aspecto y 14 a 16 para el enfoque desagregado. Esta misma orientación ya venía propuesta con anterioridad en los trabajos de la Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, en su texto “Estrategias...”, cit. pg. 1.

En definitiva, la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales ha de ser tratada como un componente de la RSE que posee entidad propia y merece un tratamiento independiente. La consideración de este objetivo es una garantía del cumplimiento de los mínimos legales y un elemento de calidad en el empleo que no debe diluirse dentro de otro tipo de políticas generales ya que, en caso contrario, se disminuiría su eficacia.

3.3. La vertiente externa de la RSE y el “mapa de la igualdad”: el efecto multiplicador de la dimensión de las empresas suministradoras y el sector de actividad

Desde la óptica que guía este trabajo, otro de los aspectos que merece una reflexión es la relación que puede existir entre la praxis responsable y las cadenas de contratas y proveedores⁷³. Parece fuera de toda duda que una política integral de RSE ha de incluir un compromiso firme por ir superando desigualdades y debe tener aplicación en todos los planos de la actividad empresarial⁷⁴. En este sentido, hay que recordar que la vertiente externa de la RSE supone la extensión del modelo de organización responsable a las empresas que contratan con la principal. Esta circunstancia puede verificarse tanto en los fenómenos de descentralización productiva y en las políticas de compras como, incluso, desde la posición de empresa usuaria en la relación con las empresas de trabajo temporal (ETT), ya sea a los niveles que exige la globalización o dentro del propio territorio nacional. En general, el control de la cadena de proveedores es clave en todas las políticas de RSE⁷⁵, debiendo ser subrayado cuando se trata de mejorar las condiciones laborales y, genéricamente, de promocionar los derechos humanos⁷⁶, como sucede con los aspectos vinculados a la igualdad de género: no hay que olvidar que la RSE se extiende a todas las operaciones de la empresa principal en el país de origen y, en su caso, en el extranjero, así como a la dinamización de subcontratistas y proveedores (las denominadas “compras éticas”) para que éstos a su vez, observen los mismos criterios responsables en su actividad⁷⁷. De este modo, los efectos de las medidas de RSE no se limitarán a la empresa principal o usuaria, en su caso, de la

⁷³ International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pg. 17.

⁷⁴ Son trasladables a este estudio las consideraciones genéricas de Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, Informe..., cit., pg. 29

⁷⁵ Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, ob.cit., pg. 37.

⁷⁶ En este sentido, vid. Foro de Expertos sobre RSE, “Las políticas públicas de fomento y desarrollo de la RSE en España”, cit., pg. 9. Desde la doctrina, Aparicio Tovar, J. y Valdés de la Vega, B., ob. cit., pg. 68.

⁷⁷ Vid. Foro de Expertos sobre RSE, ob. cit., pg. 9.

ETT, “...sino que afectarán también a sus socios económicos...”⁷⁸. Se trataría pues de la adopción de políticas y acciones que se han calificado como una RSE suplementaria, en tanto que se expande al ámbito de las empresas auxiliares o proveedoras y sus plantillas⁷⁹, quienes a su vez pueden reproducir el modelo responsable en su cadena de suministro.

Este tipo de RSE se hace más patente cuando se trata de grandes empresas y, específicamente, cuando los proveedores dependen mayoritaria o totalmente de una única empresa contratista⁸⁰. Este fenómeno es especialmente relevante en nuestro país porque, dada la composición de nuestro tejido empresarial⁸¹, la gran empresa arrastra o debería arrastrar a las PYMES y MICROPYMES auxiliares o proveedoras, que ya de por sí generan la mayor parte del empleo⁸². Como puede inferirse, hay que remarcar que esta circunstancia puede tener un evidente efecto multiplicador en el supuesto de las acciones de RSE orientadas a la promoción de la igualdad de oportunidades entre trabajadoras y trabajadores. Este resulta especialmente amplificado cuando se produce en sectores muy feminizados donde, además, predominan las cadenas de contrata y subcontratas formadas por empresas de pequeñas dimensiones. También pueden producirse estas repercusiones positivas con independencia de la actividad de la empresa principal que asume las políticas de género y demanda su implementación dentro de su modelo de RSE: no hay que olvidar que, con independencia del sector a que pertenezca la principal, es típica la subcontratación de servicios auxiliares con empresas que pertenecen a sectores muy feminizados, como sucede con los servicios de limpieza, hostelería o servicios de proximidad.

A estas consideraciones cabe añadir otra reflexión acerca de las connotaciones que tiene, desde la óptica de la RSE, la relación existente entre el tamaño de las plantillas de las empresas involucradas en la cadena de suministro y las obligaciones legales en materia de igualdad. Se trata de aspectos interrelacionados, porque en determinadas dimensiones empresariales, de acuerdo con las previsiones de la LOIEMH, se relajan algunas imposiciones legales como la obligación de establecer Planes de igualdad. Justamente, su referencia a la elaboración e implantación voluntaria de estas herramientas de gestión de la igualdad ha de entenderse primordialmente orientada a las PYMES, con el correspondiente compromiso de establecimiento de medidas de fomento y apoyo por parte de los poderes públicos, a tenor de su Título IV (arts. 45.5 y 49), al

⁷⁸ Congreso de los Diputados, Subcomisión para potenciar y promover la RSE, ob. cit., pg. 29.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ En este sentido, pueden verse los datos ofrecidos por INE, DIRCE, Estructura y Demografía Empresarial, que pueden consultarse sintetizados en <http://www.ine.es/prensa/np611.pdf>.

⁸² *Ibidem*.

que ya hicimos referencia. Precisamente, es en este tipo de organizaciones, que, como se ha dicho, son las más numerosas en nuestro país y las que ocupan a mayor número de trabajadores, donde se incrementa el riesgo de deficiencias en la implementación de medidas promocionales de la igualdad. En este sentido, la vertiente externa de las acciones de RSE en materia de género puede desplegar un importante papel, toda vez que la dinamización de proveedores y subcontratistas puede coadyuvar a completar eventuales carencias en el “mapa de la igualdad”, allí donde la negociación colectiva de referencia pueda presentar aspectos mejorables o, simplemente, adolezca de previsiones demasiado laxas.

En conclusión, se trataría, por lo tanto, de establecer como objetivo de RSE no solo la difusión externa de una política de igualdad de oportunidades, sino la generación del compromiso efectivo de subcontratistas y proveedores que, como se ha apuntado, también podría extenderse a las ETT.

4. LAS ÁREAS DE INCIDENCIA DE LAS PRÁCTICAS DE RSE DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Visto todo lo anterior, resulta ineludible abordar la cuestión de cuáles serían las áreas en las que deberían incidir las prácticas de RSE desde la perspectiva que nos ocupa. En cualquier caso, parece conveniente partir de la formulación de algunos criterios horizontales que siempre deberían observarse, con independencia de los ítems que finalmente integren la política de igualdad de la empresa. En este sentido, en primer término, para que podamos hablar de buenas prácticas de RSE desde la reflexión crítica, éstas habrán de estar presididas por la perspectiva de género considerada en su globalidad, es decir, han de ser diseñadas teniendo en cuenta roles y relaciones de género⁸³. En segundo lugar, como sucede con cualquier plan estratégico, las áreas de mejora deberán ser resultado del correspondiente autoexamen por parte de la organización en cuestión⁸⁴. Es imprescindible además, por último, un análisis externo que determine los estándares legales y convencionales aplicables⁸⁵, que actuarán, en cualquier caso, como criterios a suplementar por las medidas elegidas.

Como puede deducirse, aunque es posible encontrar respuestas provenientes de diversas fuentes, la pretensión de enumerar los ítems correspondientes ha de ser necesariamente modesta, ya que, como se ha puesto de manifiesto desde la gestión de las organizaciones, no hay soluciones estándar que sirvan

⁸³ Pueden extrapolarse las afirmaciones acerca de la implementación de la igualdad en las organizaciones de Saldaña, F. y Llätser, G., ob. cit., pgs. 15 y 30-32.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Como han señalado Saldaña, F. y Llätser, G., ob. cit., pg. 32.

para todas las necesidades⁸⁶. No obstante, a partir del papel de la RSE como mecanismo complementario para corregir desequilibrios, es imprescindible la referencia a una serie de grandes áreas que pueden considerarse paradigmáticas. Al respecto, tendríamos que suscribir propuestas de diverso origen, como se ha apuntado anteriormente, aunque consideramos necesario realizar algunas matizaciones.

a) En primer término, habría que referirse a las acciones responsables que sean adecuadas para reequilibrar la presencia de mujeres y hombres en los espacios doméstico, familiar y productivo⁸⁷, desde una óptica de corresponsabilidad. A estos efectos es imprescindible que cuenten con plena implicación masculina⁸⁸, lo cual puede beneficiar también a los trabajadores varones, ya que no hay que olvidar que los hombres, aunque de modo más atenuado, también son víctimas de los estereotipos de género⁸⁹. Consecuentemente, se trataría de obviar el enfoque de la conciliación en femenino, discordante con las previsiones de la LOIEMH y poco operativo para alcanzar la finalidad perseguida, cuando no generador de efectos bumerán especialmente negativos⁹⁰, puesto que, dada la conexión existente, la efectividad de las demás medidas depende en gran parte de una adecuada gestión en esta área. En este plano, entre otras acciones suplementarias del desarrollo de las correspondientes habilitaciones legales⁹¹, la ordenación del tiempo de trabajo constituye un elemento fundamental, muy influyente, por lo demás, en la calidad de las condiciones laborales: nos estamos refiriendo, sobre todo a la racionalización de horarios, su flexibilidad y, en general, a la ampliación de derechos reconocidos y regulados estatutaria o

⁸⁶ Saldaña, F. y Llátser, G., ob. cit., pg. 12.

⁸⁷ Como se venía indicando ya en el Documento “La responsabilidad social de las empresas (RSE). Dialogo social”, cit., pg. 10. Específicamente, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit., pgs. 2-5 y CERSE, documento del Grupo de trabajo “El papel de la RSE ante la crisis económica: su contribución al nuevo modelo productivo, la competitividad y el desarrollo sostenible”, cit., pg. 14. En la misma línea, desde la gestión de la igualdad en las organizaciones, Saldaña, F. y Llátser, G., ob. cit., pg. 26.

En otro plano, vid. International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pgs. 6 y 30, y European Commission, Report on progress on equality between women and men..., cit., pg. 9.

⁸⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar, Bruselas 3 de octubre de 2008, COM 2008, 636 Final. En nuestro país, por todos, Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pg 2.

⁸⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea, cit., Considerando K.

⁹⁰ Por todos, Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, “Estrategias y líneas de actuación en la RSE con perspectiva de género”, cit. pg., 5.

⁹¹ Para otros ejemplos de buenas prácticas de RSE, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit., pgs. 2-5.

convencionalmente. Entrarían en esta categoría, como muestras de una praxis de género responsable, la concesión de permisos breves para atender responsabilidades familiares y la incorporación de medidas sobre la programación de la formación.

b) Análogamente, también la diversificación profesional es un área de la RSE paradigmática desde la perspectiva de género⁹². Este ítem ha de ser entendido como la adopción voluntaria de medidas orientadas al fomento de la participación de las mujeres en actividades profesionales en las que hay sobrerrepresentación masculina, aunque también puede referirse a la segregación profesional vertical. Por ejemplo, podría abordarse a través de cláusulas de desempate, sistema de cuotas y protocolos de promoción no sesgados, así como mediante la incidencia en la formación profesional, fundamental para eliminar la segregación horizontal y posibilitar la promoción⁹³. En este sentido, hay que subrayar que la incorporación de medidas de igualdad en la formación, promoción y proyección de la carrera profesional, hace que la empresa retenga y desarrolle el talento⁹⁴.

c) Muy relacionadas con lo anterior se hallan las acciones encaminadas a conseguir una mayor participación de las mujeres en los procesos de toma de decisión, niveles directivos y de asunción de responsabilidades y en los consejos de administración de las empresas⁹⁵. A estos efectos, se trataría de adoptar medidas responsables que deberían formar parte de un proceso estratégico en el que se abordasen los diversos aspectos que lastran la presencia de las mujeres en estos estratos funcionales, como sucede con las dificultades para conciliar la vida personal y familiar⁹⁶. Progresivamente, las empresas van conociendo que tener más mujeres en los roles directivos es crucial para su desarrollo y competitividad, y para ello es imprescindible que adapten su cultura corporativa para acomodar la experiencia y los estilos de liderazgo de ambos sexos⁹⁷. En esta misma línea, cabría añadir a este tipo de acciones el fomento de la presencia femenina en los órganos de representación de los trabajadores.

⁹² Por todos, Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pgs. 6-8 y CERSE, documento del Grupo de trabajo “El papel de la RSE...”, cit. pg. 15.

⁹³ Vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pgs. 6-9.

A otro nivel, International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pg. 30

⁹⁴ Vid. Plan Estratégico..., cit., pg. 26. En la misma línea, desde la gestión de las organizaciones, Saldaña, F. y Llátser, G., ob. cit., pg. 26.

⁹⁵ Vid. Plan Estratégico..., cit., pgs. 14 y 16-17, y Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pg. 12.

⁹⁶ En este sentido y para otras muestras de buenas prácticas de RSE, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pgs. 12-13.

⁹⁷ European Commission, Report on progress on equality between women and men..., cit., pg. 60.

c) La implementación de la RSE desde una óptica de igualdad debería tener entre sus prioridades el tratamiento de la equidad retributiva entre mujeres y hombres⁹⁸. Las causas subyacentes son numerosas y complejas, y no solo reflejan la discriminación basada en el género, sino desigualdades conectadas con la educación, la segregación horizontal y vertical que se verifica en el mercado de trabajo, las dificultades para conciliar la vida personal y profesional, los desequilibrios en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares, y el impacto que los roles sociales de género ejercen sobre la elección de las ramas formativas⁹⁹. En cualquier caso, no hay que olvidar que la igualdad retributiva, como área de intervención de las medidas responsables, ha de ser enfocada desde la perspectiva del protagonismo de la negociación colectiva como fuente salarial, referible, entre otras instituciones, a la determinación de las cuantías salariales, a la composición de la estructura salarial o al establecimiento de beneficios sociales. No obstante, pueden incluirse acciones de RSE de diverso tenor, como, por ejemplo, la simplificación de las estructuras retributivas y el impulso de la transparencia, tanto en los sistemas retributivos como en la evaluación del desempeño.

d) También las situaciones de exclusión social y la violencia de género son susceptibles de ser abordadas a través de acciones responsables¹⁰⁰. Pueden orientarse a la promoción del acceso al empleo o la mejora de la cualificación de mujeres pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión (por razón de edad, discapacidad, etnia, inmigrantes, responsables de familias monoparentales, mujeres prostituidas y víctimas de trata de seres humanos, reclusas y ex reclusas o ex toxicómanas), que, por sus circunstancias personales pueden ser además sujetos pasivos de discriminación múltiple. Del mismo modo, se trataría de implementar medidas que fomenten el acceso al empleo de las víctimas de violencia de género y que, en su caso, permitan adaptarlo a sus necesidades específicas para hacer efectiva su protección, con el objetivo de evitar la extinción del contrato, último recurso disponible cuando todos los mecanismos tutelares destinados a evitar que la víctima rompa el vínculo laboral han fracasado.

e) Finalmente, es ineludible la referencia a la prevención de riesgos laborales, que puede ser abordada a través de acciones incidentes en la inves-

⁹⁸ European Commission, Report on progress on equality..., cit., pgs. 9 y 10. Para su ámbito, de nuevo puede mencionarse International Financial Corporation & Global Reporting Initiative, ob. cit., pgs. 6 y 30. En el plano nacional, vid. Plan Estratégico..., cit., pgs. 26 y ss.

⁹⁹ European Commission, Report on progress on equality..., cit., pg. 9.

¹⁰⁰ European Commission, Report on progress on equality..., cit., pg. 9 y Plan Estratégico..., cit., pgs. 85 y ss.

Para modelos de buenas prácticas de RSE en esta área, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, "Estrategias...", cit. pgs. 9-11.

tigación, inversión y gestión de la prevención con perspectiva de género¹⁰¹. De igual manera habría que considerar el tratamiento responsable de los problemas de salud laboral vinculados específicamente a las mujeres y que están insuficientemente tratados¹⁰². Dentro de este eje merecen especial atención también aquellas medidas destinadas a prevenir el acoso en el trabajo, tanto el de índole sexual como el acoso por razón de sexo¹⁰³. En esta línea, sería posible proponer expresamente una serie de ejemplos de medidas responsables, como las campañas de sensibilización o las acciones formativas, suplementarias de las exigencias previstas legalmente.

5. CONCLUSIONES

En suma, es necesario remarcar que los desequilibrios sociales basados en el género se siguen produciendo paradigmáticamente en el campo de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, así como en el acceso a los centros de toma de decisiones. Frente a este diagnóstico, el llamamiento al sentido de la RSE, tanto en su vertiente interna como externa, cobra especial significado, ya que las herramientas tradicionales para combatir la desigualdad entre trabajadoras y trabajadores y conseguir la paridad real no siempre son efectivas y eficaces, siendo notorios los déficits existentes en la implementación de estos instrumentos.

El potencial de las acciones de RSE para contrarrestar este panorama, a través de la implantación de buenas prácticas incidentes en una serie de áreas paradigmáticas (conciliación/corresponsabilidad; diversificación profesional: presencia femenina en los centros de decisión; igualdad retributiva; inclusión social y violencia de género; y finalmente, prevención de riesgos laborales), parece contrastado. De este modo, las buenas prácticas de RSE se manifiestan como un complemento de la intervención de los poderes públicos, al tiempo que generan ventajas competitivas para las empresas. Su adopción se está fomentando desde diversos frentes, especialmente a impulsos comunitarios. En el plano interno, la principal referencia específica a nivel nacional es el marco de la LOIEMH, al que cabría añadir complementariamente las previsiones de la LES.

¹⁰¹ En la misma línea, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pgs. 13-14.

¹⁰² Un adecuado planteamiento del problema, desde una perspectiva comunitaria, en European Commission, Report on progress on equality..., cit., pg. 9. En el ámbito interno, en Plan Estratégico..., cit., pgs. 65 y 68 y ss.

Para sugerencias acerca de la deseable buena praxis en la materia, vid. Dirección general para la Igualdad en el Empleo y contra la Discriminación, ob. cit. pgs. 13-14.

¹⁰³ Saldaña, F. y Llàtser, G., ob. cit. pg. 27.

No obstante lo anterior, puede concluirse que la aproximación a la igualdad de género en las relaciones laborales, como área específica de la RSE, requiere la realización de algunas precisiones y matices que afectan a determinadas facetas de las vertientes señaladas:

a) En primer lugar, habría que subrayar la necesidad que tienen las propias empresas de adoptar cierta cautela a la hora de catalogar sus actuaciones en materia de género como socialmente responsables. Se debería profundizar en la incorporación del valor igualdad en la cultura empresarial para evitar deficiencias en la asunción e implementación del propio concepto de RSE, como la errónea calificación del cumplimiento de las disposiciones mínimas sobre igualdad, que se produce a veces en contextos verdaderamente contradictorios. Debe quedar claro que el mero cumplimiento de la legalidad laboral en materia de igualdad entre trabajadoras y trabajadores no constituye un comportamiento socialmente responsable, sino que resulta ser su necesario punto de partida.

b) En segundo término, se debe destacar la existencia de razones de peso, tanto cuantitativas como cualitativas, que actúan como argumentos favorables al tratamiento individualizado de la promoción de la igualdad entre trabajadoras y trabajadores a través de las acciones responsables. A estos efectos, ha de evitarse, por lo tanto, su inclusión dentro de otras áreas temáticas de la RSE, como la Gestión de la Diversidad, puesto que esta circunstancia atenuaría la necesaria visibilidad de la cuestión de género y restaría eficacia a las iniciativas que pudieran adoptarse.

c) Por último, es imprescindible remarcar la relación existente entre la problemática de género y la RSE suplementaria: en este plano parece fundamental establecer como objetivo del modelo de RSE no solo la difusión externa de la política de igualdad de oportunidades elegida por la empresa principal, sino la generación del compromiso efectivo de subcontratistas, proveedores y, en su caso, ETT, a favor de la adopción de las prácticas responsables dentro de sus propias organizaciones y en sus cadenas de suministro. De este modo, podría coadyuvarse a la integración de posibles carencias en el “mapa de la igualdad” a través de las mejoras introducidas sobre los estándares mínimos que resulten de aplicación. Esta labor resultaría especialmente positiva en las empresas de pequeñas dimensiones y en aquellas ramas de actividad caracterizadas por su feminización.

Mercado de Trabajo

¿ADÓNDE NOS LLEVA ESTA POLÍTICA ECONÓMICA? INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (TERCER TRIMESTRE DE 2011*)

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

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

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora Asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Recesión, crisis europea

El artículo analiza la evolución de la actividad económica y las principales variables laborales referidas al tercer trimestre de 2011 en España y Andalucía. La economía española se adentra en una etapa de recesión en un contexto de crisis europea con especial impacto en los países mediterráneos. Como consecuencia de que el crecimiento económico se ralentiza la dinámica del desempleo se mantiene y lo hace con especial crudeza entre los más jóvenes. En Andalucía, la actividad económica sigue en paralelo con la española, destacando la alta tasa de paro en la región.

ABSTRACT

Key Words: Recession, economic crisis in Europe

This paper analyses the evolution of economic context and main labour variables in the 3rd quarter 2011 in Spain and Andalusia. Spanish economy is coming into a period of economic recession in a context of a deeper economic crisis in Europe with greater impact in the Mediterranean countries. As economic growth is declining, employment is also declining and unemployment rate grows. In this context, Spanish younger workers are especially concerned. In Andalusia, economic activity is moving in parallel relating to Spain as a whole. The higher unemployment rate in Spain during this period is registered in Andalusia.

*El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de octubre de 2011.

ÍNDICE

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

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La economía no solo no remonta sino que va camino de una nueva etapa recesiva, en España y en Europa, si no en todo el mundo. Cuando señalábamos los peligros de una retirada excesivamente temprana de los estímulos a la demanda en todos los países pertenecientes al euro, al mismo tiempo que se intensificaban las políticas de ajuste del déficit público, era teniendo en cuenta las negativas repercusiones que sobre el crecimiento económico iban a tener. Y a la vista están. Al no haber alcanzado una convergencia real plena, los diferentes países incluidos en la Unión Monetaria han tenido diferentes ritmos en la respuesta a la crisis financiera internacional. Los primeros estímulos generalizados trataron de recuperar la demanda económica a través de políticas fiscales expansivas (recuérdese el Plan Europeo de Recuperación Económica¹, dentro del que se encuadró el llamado Plan E español) al mismo tiempo que el Banco Central Europeo (aunque con cierta lentitud) iniciaba una política monetaria expansiva, con reducciones de los tipos de interés y aumento de las facilidades de recursos de los bancos al propio Banco Central Europeo. Este tipo de políticas expansivas tuvieron sus efectos (no inmediatos, como en general todas las actuaciones políticas, que conllevan un mayor o menor retardo) en la mayoría de las economías europeas.

Pero debido a las divergencias estructurales, por no haber alcanzado una verdadera convergencia real (sobre todo tras la fuerte ampliación de la Unión Europea a 27 países), provocaron que los ritmos y niveles de recuperación fueran muy diversos. En este contexto, virar los objetivos de la política económica hacia el cumplimiento de los criterios del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, específicamente, a los de ajuste de las cuentas públicas, provocó que las reac-

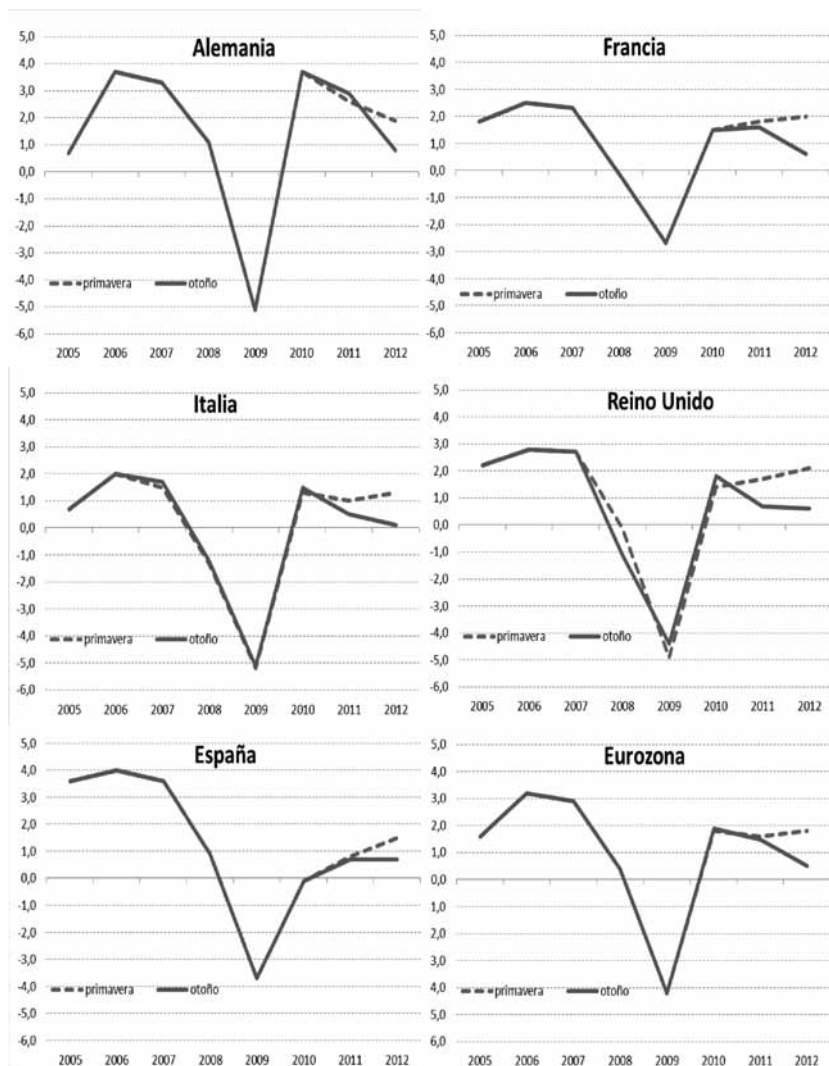
¹ Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, donde se recoge este Plan, en la dirección <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:ES:PDF>

ciones económicas fueran muy distintas en los países. Alemania, sobre todo, y Francia (que se están erigiendo como los países locomotora de la Unión, especialmente en términos políticos) tenían, en esos momentos (mayo de 2010), capacidad para ajustar sus déficits fiscales. Y el peligro del recalentamiento de la economía alemana y los repuntes de inflación registrados provocaron un cambio de signo en la política monetaria del Banco Central Europeo que, siguiendo la pauta de su único objetivo de política económica declarado, el control de la inflación, comenzó con una política restrictiva de subida de tipos de interés.

Este tipo de políticas en economías que, como la española, no habían alcanzado crecimientos positivos, supuso un fuerte freno a la actividad económica y a la recuperación. Una crisis de demanda como la que vivimos no se combate con políticas de recorte de gastos, sino con políticas de estímulo a la actividad económica. Y los resultados se han hecho ver tras el recrudecimiento de la crisis de la deuda soberana que se agudizó en el verano de 2011 y está aún por solucionarse, abarcando ya a la mayoría de países que comparten moneda y política monetaria, pero no política fiscal (a pesar del fortalecimiento de la nueva gobernanza económica planteado por la Comisión Europea) ni, sobre todo, situaciones de partida similares.

La solución no se encuentra tanto en aplicar recetas de teoría económica ya fallidas. No podemos olvidar lo que sucedió en la crisis de la deuda de los países de América Latina a comienzos de los años ochenta y en qué derivó la imposición de reformas estructurales por parte del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional: a una década perdida, sin crecimiento económico, con una elevada fractura social y un final de condonación de deuda.

Previsiones económicas, tasa de variación anual del PIB (%)



Fuente: Elaboración propia a partir de las Previsiones de la Comisión Europea (primavera y otoño).

Caer en los mismos errores, es lo que ha llevado, de momento, a la revisión a la baja de las previsiones económica de los principales organismos internacionales. La Comisión Europea, entre sus previsiones de primavera y las últimas publicadas, en otoño de 2011, recoge el cambio de coyuntura que

se ha producido en las principales economías. Para el año 2011 se prevé un crecimiento inferior al calculado a mitad de año, mientras que en el año 2012 es previsible que la reducción del crecimiento se acelere en todos los países. Sólo se apuntan nuevas tasas de crecimiento positivas, aunque débiles, para el año 2013. Pero eso es hablar de un futuro aún muy lejano.

En cuanto a España, los últimos datos publicados de Contabilidad Trimestral (con el cambio de base y el consiguiente cambio metodológico) facilitan información más desagregada, de la que se pueden extraer algunas conclusiones.

	2009	2010			2011				
		1T	2T	3T	4T	1T	2T	3T	
Gasto en consumo final	-2,3	0,6	0,1	1,4	0,7	0,4	0,5	-0,7	-0,4
- Gasto en consumo final de los hogares	-4,4	0,7	-0,1	1,5	0,8	0,8	0,5	-0,3	0,4
- Gasto en consumo final de las ISFLSH	1,8	2,6	2,4	3,1	2,7	2,1	0,6	0,9	-0,2
- Gasto en consumo final de las AAPP	3,7	0,2	0,6	1,0	0,2	-0,9	0,4	-1,7	-2,3
Formación bruta de capital fijo	-16,6	-6,3	-9,8	-4,3	-5,5	-5,4	-4,9	-5,5	-4,2
- Activos fijos materiales	-17,2	-6,4	-10,0	-4,5	-5,4	-5,4	-5,3	-5,7	-4,5
• Construcción	-15,4	-10,1	-12,2	-9,4	-9,5	-9,3	-9,3	-8,4	-7,4
• Bienes de equipo y activos cultivados	-22,3	5,1	-3,4	11,7	7,3	5,4	5,6	1,5	2,4
- Activos fijos inmateriales	-3,9	-4,8	-5,4	-0,5	-7,8	-5,4	1,2	-3,1	0,8
Exportaciones de bienes y servicios	-10,4	13,5	11,9	15,3	11,8	14,9	13,9	8,7	8,1
Importaciones de bienes y servicios	-17,2	8,9	6,3	14,5	7,0	8,0	7,1	-0,7	0,8
PIB pm	-3,7	-0,1	-1,3	-0,0	0,4	0,7	0,9	0,8	0,8
Demanda nacional	-6,6	-1,0	-2,4	0,1	-0,7	-0,9	-0,7	-1,7	-1,2
Demanda exterior	2,8	0,9	1,1	-0,1	1,1	1,6	1,6	2,5	2,0

La demanda nacional y la demanda exterior miden la aportación al crecimiento en puntos porcentuales. Fuente: *Contabilidad Nacional Trimestral de España* (INE), base 2008.

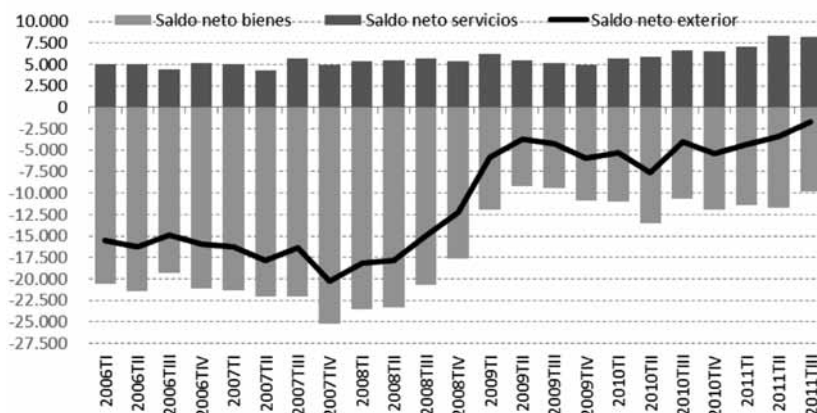
La primera de ellas es que la actividad económica sigue estancada, no hay recuperación. Y no la hay porque, a pesar de la ligera mejoría del consumo de los hogares, no es suficiente para compensar la negativa evolución del resto de partidas. El fuerte retroceso en el gasto de las Administraciones Públicas supone una reducción del consumo final, a la que se une la caída (del 4,2 por ciento interanual) de la inversión (la formación bruta de capital fijo). Con esta nueva desagregación que facilita ahora la Contabilidad Nacional, se puede dis-

tinguir la negativa trayectoria que sigue la construcción, que aunque cae con menor intensidad que en trimestres anteriores, sigue siendo una caída del 7,4 por ciento, lo que arrastra al conjunto de la inversión.

En definitiva, la demanda nacional sigue restando al conjunto de la actividad económica 1,2 puntos, mientras, en compensación, la demanda externa aporta 2 puntos al crecimiento. Esta misma tendencia es la que se observa desde que comenzara la crisis: la demanda externa ha tomado el relevo de la demanda nacional en cuanto a su aportación al crecimiento de la economía española. Pero no por ello debemos confiar la recuperación a un sector que, en el conjunto de la economía, tienen un peso relativamente pequeño.

Además, diferenciando entre bienes y servicios, nuestra economía tiene un claro saldo deficitario en bienes, con un peso muy superior respecto al de los servicios, que hace que el saldo neto exterior tenga signo negativo, aunque menor, eso sí.

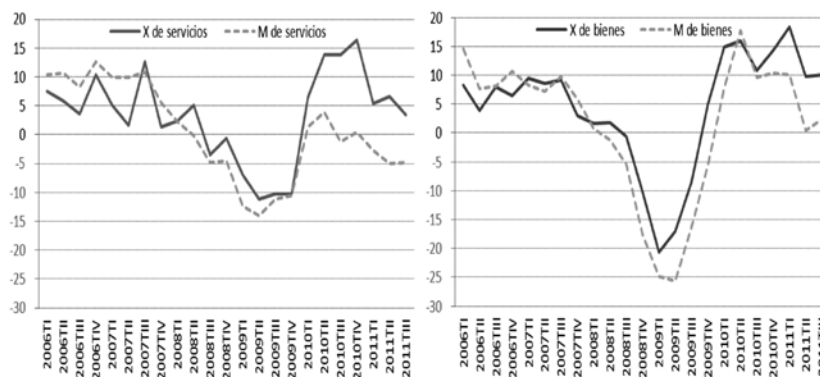
Saldos netos de bienes y servicios, en millones de euros corrientes



Fuente: *Contabilidad Nacional Trimestral de España* (INE), base 2008.

La crisis económica y la paralización de la actividad económica propiciaron una fuerte caída del comercio de bienes, que se refleja con más intensidad en el segundo trimestre de 2009, con una reducción de las importaciones de bienes mayor que la disminución de las exportaciones de bienes. La vuelta a tasas de crecimiento positivas en el año 2010 se ve de nuevo truncada con el estancamiento de la actividad en el interior de nuestro país. Buena parte de los bienes importados son bienes intermedios utilizados en la industria de nuestro país. Si la industria no produce, no necesita de esos bienes intermedios. Y si nuestros socios europeos no van bien (y las previsiones muestran que ese parece el futuro cercano), no comprarán nuestros bienes exportados.

Evolución de las exportaciones e importaciones de bienes y servicios, tasas de variación interanual (%)



Fuente: Contabilidad Nacional Trimestral de España (INE), base 2008.

Y de igual forma sucede con los servicios, cuya principal partida exportadora es el turismo, mientras que en las importaciones, el mayor peso corresponde a los servicios prestados a las empresas. Es en el caso de los servicios donde parece que la brecha entre exportaciones e importaciones está aumentando, recuperando más rápidamente las exportaciones que las compras al exterior. Pero, como se ha señalado antes, el menor peso de la balanza de servicios en el sector exportador no permite que la mejor evolución de este saldo pueda arrastrar al resto de la economía.

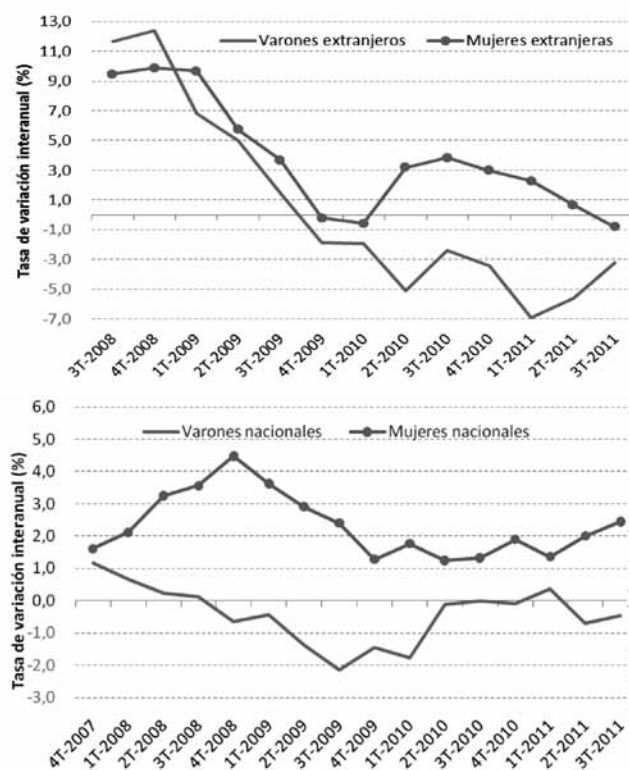
Es más, en cuanto la actividad económica se recupere, comenzarán de nuevo las importaciones de bienes intermedios, necesarios en el proceso productivo, y es previsible que se retomen las importaciones de servicios a empresas, de modo que las mejoras de los saldos exteriores volverán a sus cauces habituales.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

En el mercado de trabajo se refleja claramente la evolución económica. Así, en este tercer trimestre de 2011 se ha reducido la población activa femenina, por primera vez desde que comenzara esta etapa recesiva. La evolución de la población activa total prácticamente se mantiene estable respecto al trimestre anterior (se reduce en 2.100 personas), aunque en términos interanuales continúa aumentando, a un ritmo mucho menor, eso sí (de un 0,1 por ciento, frente a los incrementos interanuales de casi el 3 por ciento que se recogían justo en el estallido de la crisis, allá por el tercer trimestre de 2008).

La novedad de este trimestre es, como se apuntaba, la reducción del volumen de población femenina que participa activamente en el mercado de trabajo. Y en concreto, de la población femenina de nacionalidad extranjera, que se reduce en un 3,4 por ciento respecto al segundo trimestre del año. Hay 59.100 mujeres de nacionalidad extranjera que han abandonado la búsqueda activa de un empleo, comparando con el trimestre pasado. Esta situación podría estar muy relacionada, por un lado, por el propio agravamiento de la crisis que implica a todas las ramas productivas, pero en este tercer trimestre ha sido especialmente significativa la reducción de los trabajadores en la rama de *actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico*, un sector mayoritariamente ocupado por mujeres. En esta rama se han perdido 43.500 puestos de trabajo respecto al trimestre anterior (un 6 por ciento en términos relativos), lo que supone una reducción además de 64.500 ocupaciones en la comparación interanual (una disminución del 8,6 por ciento).

Evolución de la población activa según sexo y nacionalidad, tasas de variación interanual

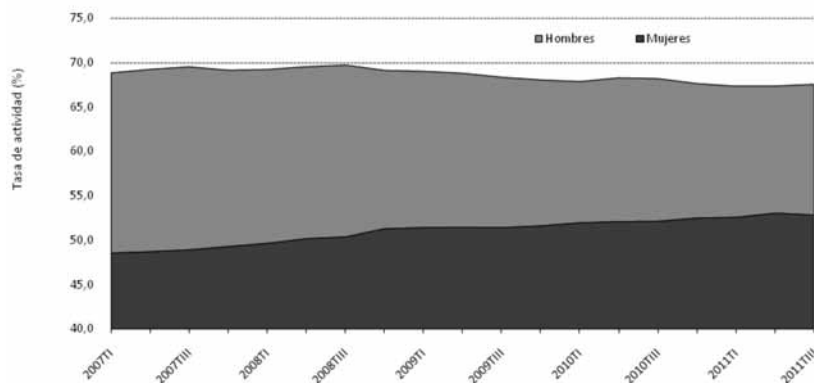


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

El desánimo está cundiendo entre los jóvenes, ya hasta los 34 años, en mayor medida, pues las tasas de variación anual de esta población (tanto hombres como mujeres, nacionales o extranjeros), son las que profundizan más la caída. Por el contrario, es la población de más edad la que accede al mercado de trabajo, por primera vez en el caso de una buena parte de las mujeres mayores de 55 años, que ante la pérdida de empleo del resto de miembros del hogar, se incorporan a la búsqueda activa de un puesto de trabajo.

Desde que estallara la crisis en el mercado de trabajo español, en el tercer trimestre de 2008, la población activa ha aumentado ligeramente gracias a la incorporación continua de la mujer al mercado de trabajo. Mientras se ha reducido en un 3,1 por ciento el número de hombres activos, las mujeres se han incorporado a un ritmo del 6 por ciento en este mismo periodo, entre los terceros trimestres de 2008 y 2011. Son, además, los menores de 25 años los que han abandonado su participación activa en el mundo laboral de forma masiva, con una reducción del 21 por ciento en este grupo de edad, mientras los mayores de 55 años se incorporaban en un 10,8 por ciento.

Evolución de la tasa de actividad según sexo, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Distinguiendo según la nacionalidad de los incorporados activamente al mercado de trabajo, entre los nacionales se ha producido un aumento de población activa en estos tres años (de un 1,2 por ciento), exactamente en la misma proporción en que se ha reducido la población activa de nacionalidad extranjera. En términos absolutos, el aumento de activos nacionales alcanza los 232.700, siendo la reducción de extranjeros de 43.200.

Pero es, en ambos casos, la caída de la actividad entre los hombres lo que marca la diferencia con las mujeres que, también en ambos casos se mueven

en el mismo sentido, aumentando. En un 6,3 por ciento entre las mujeres nacionales y un 4,7 por ciento las de nacionalidad extranjera. Y es aquí donde ha cambiado la tendencia en este último trimestre, que ha recogido una reducción del número de mujeres activas de nacionalidad extranjera, con respecto al año anterior, mientras el resto de pautas se mantienen: caída de la población activa masculina, nacional y extranjera, y aumento de las mujeres activas nacionales.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El verano de 2011 ha presentado la cara más cruda de la evolución económica. El tercer trimestre del año es un trimestre de fuerte creación de empleo en nuestro país, debido al elevado peso de sectores donde la temporada estival supone la época de mayor actividad, véase turismo y todas las actividades relacionadas (hostelería, comercio...) o construcción, de elevada intensidad en el uso del factor trabajo, es decir, actividades que requieren mucha mano de obra (con relación al resto de factores productivos). Pero este tercer trimestre de 2011, estos sectores ni siquiera han podido compensar la pérdida de empleo en el resto de ramas productivas.

La destrucción de empleo ha sido mayor entre las mujeres, comparando con el trimestre anterior, que entre los hombres. Hay 144.000 mujeres ocupadas menos que en el segundo trimestre del año, mientras que la pérdida de empleo de los hombres es de 32.800. Sin embargo, en la comparación anual sigue siendo superior la pérdida de empleos masculinos (342.200 en el último año) a la de las féminas (48.400 menos que hace un año). Desde que comenzara la crisis, la destrucción de empleo masculino ha alcanzado 1.724.900 empleos, mientras que entre las mujeres se han perdido 465.200. En términos relativos, entre el tercer trimestre de 2008 y el tercer trimestre de 2011, la caída de los hombres ocupados casi ha triplicado la de las mujeres: un 14,7 por ciento en el caso de los primeros, y una reducción del 5,4 por ciento, en el de las segundas.

Hay tres grandes grupos donde, en este trimestre, se ha concentrado la destrucción de empleo: la educación, donde al igual que en los demás terceros trimestres del año, se produce un descenso en el número de ocupados, en este año, de 77.700 personas (en su mayoría, 57.200, mujeres); la construcción, con 59.000 ocupados menos que en el segundo trimestre, en su mayoría, en este caso, hombres (56.600 menos); y la rama de actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico, donde la reducción del número de ocupados, es de 43.500, reducción que se amplía hasta 46.000 cuando se considera únicamente la evolución femenina. Solo en estas tres ramas suman ya 180.700 puestos de trabajo perdidos en el trimestre.

Los sectores donde han aumentado los ocupados han sido, como viene siendo habitual en este trimestre del año, la sanidad (donde se multiplican las sustituciones por el periodo vacacional, aumentando en 73.700 personas) y la hostelería, con un incremento de 49.300 personas, en su mayoría, hombres.

Es decir, la creación de empleo ha sido de 123.000 ocupaciones más que en el segundo trimestre del año, una cantidad insuficiente de los sectores de alta tradición de actividad veraniega para compensar la pérdida en las ramas que siguen mostrando la atonía económica.

De estos datos se concluye que en este trimestre la destrucción de empleo femenino haya sido muy superior a la del masculino, incluso a pesar del repunte producido en la destrucción de empleo en el sector de la construcción, ocupado mayoritariamente por hombres.

Número de ocupados según ramas de actividad, miles de personas y tasas de variación (porcentaje)

	3T-2008	3T-2009	3T-2010	3T-2011	Dif. trim.	Dif. anual	Dif. 2011-08	% var. trim.	% var. anual	% var. 2011-08
A. Agricultura	787,3	737,2	754,0	707,7	-33,5	-46,3	-79,6	-4,5	-6,1	-10,1
B. Ind. extractiva	53,0	42,9	42,8	40,3	-2,3	-2,5	-12,7	-5,4	-5,8	-24,0
C. Ind. manufacturera	2.945,7	2.471,0	2.366,5	2.317,4	-6,7	-49,1	-628,3	-0,3	-2,1	-21,3
D. Energía eléctrica	75,0	76,1	70,3	77,1	-5,0	6,8	2,1	-6,1	9,7	2,8
E. Actividades gestión residuos	121,6	129,6	121,0	141,5	12,6	20,5	19,9	9,8	16,9	16,4
F. Construcción	2.413,2	1.850,3	1.668,1	1.370,7	-59,5	-297,4	-1.042,5	-4,2	-17,8	-43,2
G. Comercio	3.212,2	2.989,6	2.902,7	2.951,2	18,5	48,5	-261,0	0,6	1,7	-8,1
H. Transporte	976,7	924,5	920,3	881,6	3,0	-38,7	-95,1	0,3	-4,2	-9,7
I. Hostelería	1.530,5	1.497,6	1.431,8	1.485,0	49,3	53,2	-45,5	3,4	3,7	-3,0
J. Información y comunicación	581,6	502,3	526,1	507,6	-7,5	-18,5	-74,0	-1,5	-3,5	-12,7
K. Act. financieras y seguros	511,9	475,3	455,8	450,6	-9,9	-5,2	-61,3	-2,1	-1,1	-12,0
L. Act. inmobiliarias	114,2	87,4	86,1	90,4	-6,4	4,3	-23,8	-6,6	5,0	-20,8
M. Act. prof., científ. y técnicas	893,7	846,8	852,9	805,8	-19,7	-47,1	-87,9	-2,4	-5,5	-9,8
N. Act. administrativas	940,8	898,4	923,3	902,9	-16,5	-20,4	-37,9	-1,8	-2,2	-4,0
O. Admón. Pública y defensa	1.287,1	1.399,0	1.418,8	1.401,8	-40,2	-17,0	114,7	-2,8	-1,2	8,9
P. Educación	1.087,5	1.094,8	1.120,0	1.121,3	-77,7	1,3	33,8	-6,5	0,1	3,1
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	1.307,8	1.371,9	1.416,1	1.487,6	73,7	71,5	179,8	5,2	5,0	13,7
R. Act. Artísticas y entretenimiento	341,4	324,2	343,6	321,7	2,1	-21,9	-19,7	0,7	-6,4	-5,8
S. Otros servicios	413,3	425,3	374,1	403,4	22,4	29,3	-9,9	5,9	7,8	-2,4
T. Actv. Hogares	749,0	724,1	750,6	686,1	-43,5	-64,5	-62,9	-6,0	-8,6	-8,4
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	3,1	2,0	1,9	4,6	0,0	2,7	1,5	0,0	142,1	48,4
TOTAL	20.346,3	18.870,2	18.546,8	18.156,3	-146,7	-390,5	-2.190,0	-0,8	-2,1	-10,8

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Hace ya tres años que la crisis financiera internacional tuvo los primeros y fulminantes efectos sobre el mercado de trabajo en nuestro país. Desde entonces, desde ese tercer trimestre de 2008, se han perdido más de dos millones de empleos, la mitad de los cuales se han concentrado en el sector de la construcción, lo que ha hecho que la primera etapa de destrucción de empleo haya afectado especialmente a los hombres.

En la industria manufacturera se han perdido 628.300 empleos, también mayoritariamente de hombres, y en el sector comercial, donde la distribución del empleo según sexo es más equitativa, son 261.000 ocupados menos que hace tres años.

En este mismo periodo, la Administración Pública y las actividades sanitarias y de servicios sociales (ramas eminentemente de carácter público) son las que han aumentado en número de ocupados, por el inicial estímulo fiscal en un caso y por la existencia de un Estado de Bienestar y los consiguientes estabilizadores automáticos, en el otro. Sin embargo, debido al cambio de rumbo de la política económica que marcó el RDL 8/2010 (de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público), el ajuste fiscal que desde entonces impera como objetivo económico fundamental, es posible que se refleje, en los próximos trimestres, en estos sectores donde hasta ahora ha aumentado el empleo.

Antes de que estallara la crisis financiera en nuestro país, se observaba un trasvase de empleos temporales a indefinidos, tanto entre los hombres como entre las mujeres, que en buena medida se debía a los resultados del *Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo* que alcanzaron los interlocutores sociales y el gobierno, en julio del año 2006. Hasta el segundo trimestre de 2008 fue aumentando el número de asalariados (hombres y mujeres) con contrato de carácter indefinido, al mismo tiempo que se reducía el número de asalariados (de forma más destacada en el caso de los hombres) con contratos de duración determinada. Pero a partir de ese momento, desde el tercer trimestre de 2008, la evolución ha sido dispar, según género. Los hombres asalariados indefinidos se han ido reduciendo sin descanso, salvo en el segundo trimestre del año 2010, justo cuando cambió de signo la política económica, en nuestro país y en el conjunto de la Unión Europea. Distinta ha sido la evolución de las mujeres asalariadas de forma indefinida, que con altibajos, ha tendido a aumentar hasta el cuarto trimestre del año 2010.

Desde el tercer trimestre de 2008 hasta el último publicado, ha descendido el número de asalariados indefinidos varones en 686.200, mientras el de mujeres de las mismas características aumentó en 113.800. En cuanto a los asalariados temporales, en el mismo periodo, hay 556.300 hombres menos y 438.100 mujeres menos ocupadas.

Evolución los asalariados, indefinidos y temporales, según sexo, en miles de personas

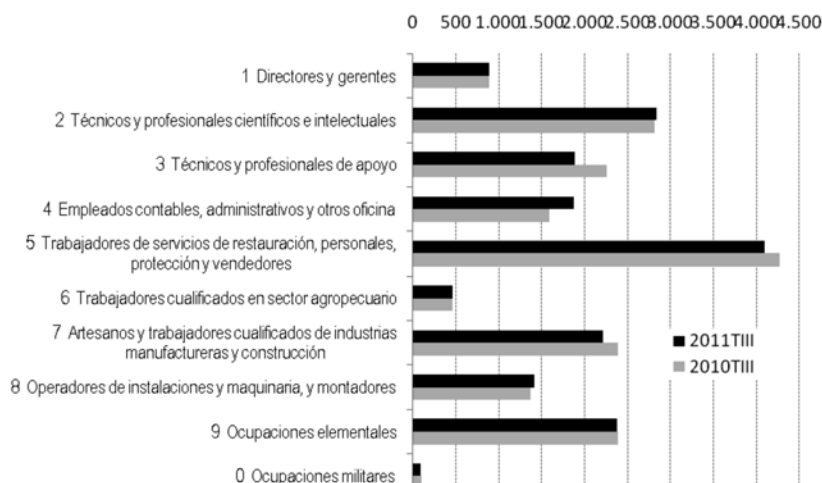


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Además de esta destrucción de empleo indefinido, el aumento del empleo temporal no consigue alcanzar los ritmos de veranos anteriores. La sensación de que es necesario crear empleo, aunque sea temporal, ha cundido de forma generalizada en la sociedad española. Los años de expansión económica, cuando las políticas de empleo marcadas desde Europa trataban de mejorar la calidad del empleo (tal y como se plasmaba en los objetivos de la Estrategia de

Lisboa y todas las medidas que surgieron a raíz de la misma²) quedan completamente desterradas en este nuevo contexto, donde la creación de empleo, es decir, la cantidad, el volumen de empleo prima sobre cualquier otra cuestión, relegando la calidad del mismo a un plano muy lejano.

Ocupados según ocupación, en miles de personas



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Los grupos de ocupación donde se han perdido (proporcionalmente) más puestos de trabajo en el último año, son el de Técnicos y profesionales de apoyo (con un 16,4 por ciento de ocupados menos que hace un año) y Artesanos y trabajadores cualificados de industrias manufactureras y construcción (con un 7,2 por ciento menos). Sin embargo, el grueso de los trabajadores se clasifica como ocupados en servicios de restauración, personales, de protección y vendedores (donde se encuadra el 22,5 por ciento de los ocupados). Este grupo se ha reducido en un 4,3 por ciento en el último año.

El único grupo que aumenta con respecto al año anterior es el de los Empleados contables, administrativos y otro personal de oficina, que se incrementa en un 18 por ciento.

En definitiva, estos datos confirman que la pérdida de empleo que inicialmente se produjo en sectores de menor cualificación, está afectando ahora a

² Véase Ruesga, Pérez Ortiz y Viñas (2010): "Negociación colectiva y calidad del empleo en la Unión Europea", ponencia presentada en la *XII Reunión de Economía Mundial, que obtuvo el accésit al III Premio José Luis Sampedro* (<http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/108.pdf>).

todos los grupos, haciendo especial hincapié en la pérdida de puestos cualificados: en el último año, la disminución de ocupados encuadrados en técnicos y profesionales de apoyo es de 371.000 personas, mientras entre los trabajadores de servicios de restauración, personales, protección y vendedores (donde teóricamente se requiere menor cualificación), la pérdida de empleos es inferior, de 183.300, cuando en un trimestre como el tercero (que incluye el verano) suele mostrar incrementos.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Además de la destrucción de puestos de trabajo, la tasa de desempleo en este trimestre avanza seis décimas respecto al anterior debido a la evolución decreciente de la población activa. Esto hace que la tasa de paro se alce al 21,5 por ciento del total de la población dispuesta a trabajar, la población activa.

De los 4.978.300 desempleados, más de la mitad son hombres (el 54 por ciento), aunque la tasa de desempleo femenina es la que más ha aumentado respecto al segundo trimestre del año, por el mayor aumento del número de mujeres desempleadas frente al número de hombres (78.800 mujeres más en desempleo, frente a 65.900 hombres en la misma situación), y por la reducción en el número de mujeres activas (35.200 menos, frente a un aumento de 33.000 hombres más en activo). Así, tras la primera destrucción de empleo generada en los inicios de la crisis, que golpeó de forma más acusada a sectores de mayoría masculina, que llevó a la práctica igualación de las tasas de desempleo por sexos, vuelve a superar la tasa de desempleo femenina a la masculina.

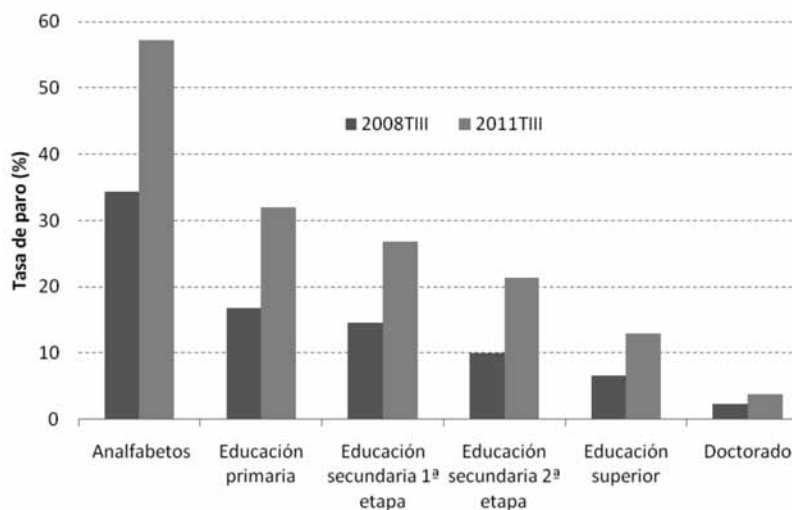
Claramente la formación sigue siendo uno de los aspectos más importantes, junto con el sector o rama de actividad y la evolución económica del mismo, al definir las posibilidades de desempleo. La tasa de paro no sólo es mayor entre aquellos que no alcanzan un mínimo nivel de formación, sino que es precisamente entre los grupos con menores grados de formación donde más ha aumentado la tasa de paro en esta etapa recesiva. Así, la tasa de paro ha aumentado, entre el tercer trimestre de 2008 y el tercero de 2011, en casi 23 puntos porcentuales entre aquellos trabajadores que no tienen formación alguna, los analfabetos, situándose en el último trimestre publicado en casi el 60 por ciento de la población activa.

El siguiente grupo donde más ha aumentado la tasa de desempleo ha sido el de los que tienen únicamente la educación primaria (es decir, la que corresponde hasta los 11 años de edad, aproximadamente en la formación reglada): más de un 15 por ciento, hasta situarse en el 32 por ciento.

Por el contrario, en el grupo de mayor formación (doctorado) alcanzada, no sólo la tasa de paro es la más baja, con diferencia, (sólo el 3,8 por ciento de la población activa) sino que es donde menor incremento se ha recogido,

apenas del 1,4 por ciento desde que se desencadenara la crisis.

Tasa de paro según nivel de formación alcanzado, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Aunque no se puede asegurar que una mayor formación garantice un trabajo sí parece claro que la relación entre formación y ocupación es directa: cuanto mayor formación se alcance, menos probabilidades de estar en desempleo, mientras que para los que no tienen formación alguna, las probabilidades de no tener empleo son muy superiores y crecientes en las etapas recesivas.

5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

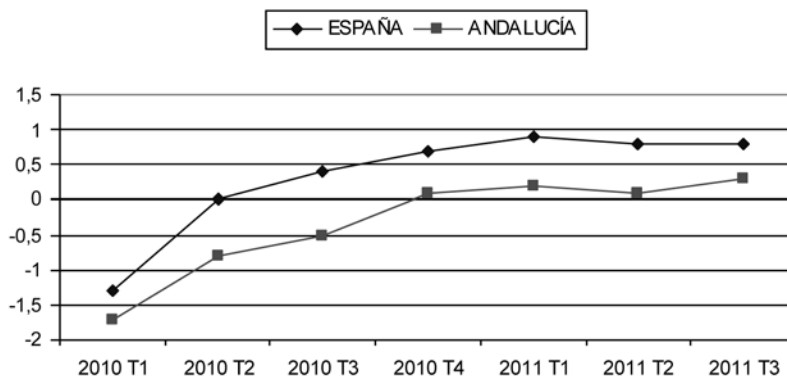
La economía andaluza sigue su senda de débil crecimiento de los últimos trimestres, la recuperación de la actividad económica ha sido hasta ahora insuficiente para reactivar las variables laborales andaluzas y las previsiones para los próximos periodos muestran el riesgo de que la economía española entre en decrecimiento en los próximos periodos. Según los datos disponibles procedentes de las primeras estimaciones de la Contabilidad Nacional, en el tercer trimestre de 2011, el PIB de la economía española ha experimentado un crecimiento interanual del 0,8%, coincidente con el crecimiento estimado para el trimestre anterior. En este mismo periodo, la economía andaluza creció, en términos interanuales, un 0,3%, lo que supone dos décimas más que en el trimestre anterior. Este crecimiento positivo se debió al saldo exterior, el cual tuvo una contribución positiva de 1,9 puntos, fundamentalmente por el com-

portamiento del sector turístico. Por el contrario, la demanda interna regional restó -1,6 puntos al crecimiento del PIB en el tercer trimestre del año actual. Por componentes de la demanda, el consumo final de los hogares a nivel regional creció en términos interanuales un 0,3%, mientras que el consumo final de las AA.PP. e ISFLSH registró un crecimiento negativo del -2,3%, lo que significa una estimación de una contribución negativa de 0,6 puntos al crecimiento regional. La formación bruta de capital mejoró su comportamiento negativo respecto a periodos anteriores, restando 1,2 puntos al crecimiento del PIB. Como hemos señalado, el comportamiento más positivo se encuentra en el sector exterior, pues las exportaciones de bienes y servicios experimentaron un crecimiento estimado del 7,2%, aportando 2,5 puntos al crecimiento del PIB, las importaciones de bienes y servicios en Andalucía aumentaron un 1,4% restando seis décimas al PIB de Andalucía.

Para el conjunto de la economía nacional, hay comportamientos paralelos a lo ocurrido en Andalucía. La contribución de la demanda nacional al crecimiento agregado se situó en -1,2 puntos, mientras que la demanda externa produjo una contribución positiva al crecimiento positivo de 2 puntos.

La recuperación de la economía española y andaluza que se ha producido a lo largo de los primeros trimestres de 2011 ha sido, en términos generales, bastante débil y, como hemos señalado, las previsiones que se están llevando a cabo para el comportamiento de los próximos trimestres de 2012 esperan una recaída en el crecimiento económico, por lo que su repercusión en el crecimiento económico en las variables laborales será bastante negativa si las previsiones acaban cumpliendo.

PIB. Tasa variación interanual. Evolución trimestral. Base 2008.



Fuente: INE, Contabilidad Nacional Trimestral de España e IECA, Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía

La evolución de la economía española a lo largo del tercer trimestre de

2011 muestra signos de ralentizar su crecimiento como se ha señalado al comienzo de este artículo. Como se observa en el Gráfico, Las estimaciones de las tasas de crecimiento económico de la economía andaluza son cercanas a la media nacional pero algo menores, en torno algo más de medio punto, desde el primer trimestre de 2010.

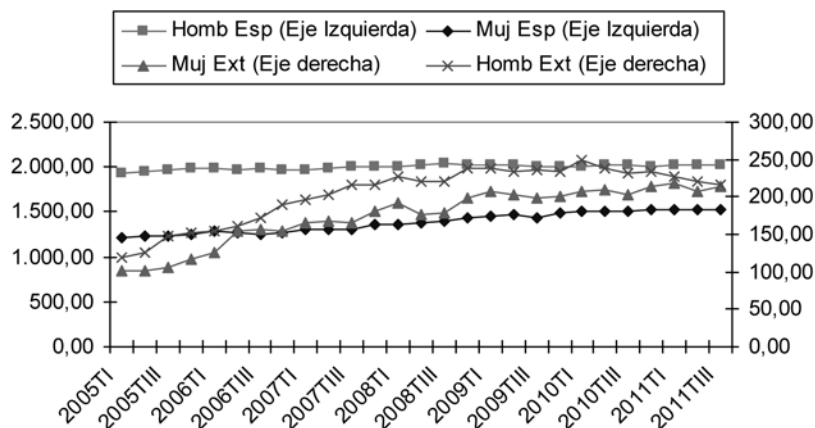
Observamos aquí uno de las principales manifestaciones de la crisis económica. Esta recaída de la actividad económica está llevando a algunos analistas a señalar una próxima ralentización de la economía española y europea en su conjunto, que contrasta con la pujanza de las economías emergentes no occidentales. Las causas de la ralentización del crecimiento económico son variadas pero es evidente el papel que está desempeñando la caída del consumo de las familias y las Administraciones Públicas, así como el retraimiento de la inversión empresarial, siendo sólo el sector exterior el que está empujando a la economía andaluza.

Este contexto de débil crecimiento económico en Andalucía se traduce, según señala la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2011, en una pérdida de 74.000 ocupados respecto al mismo trimestre de 2010, alcanzando la ocupación un cifra de 2.752.700 personas. Por el contrario, el número de personas desempleadas alcanzó la cifra de 1.232.900 personas, lo que significa un aumento de 103.400 desempleados con respecto al tercer trimestre de 2010. Esta evolución sitúa la tasa de paro media en Andalucía en un 30,9%, siendo la tasa de paro en el conjunto de la economía española del 21,52%. A continuación, analizaremos con más detalle la evolución de las principales variables laborales en Andalucía a lo largo del presente trimestre utilizando la Encuesta de Población Activa como principal fuente de datos laborales.

OFERTA DE TRABAJO

En el tercer trimestre de 2011, el número de personas laboralmente activas en Andalucía alcanzó la cifra de 3.985.700, lo que significa un aumento de 18.000 efectivos respecto al trimestre anterior y de 29.400 respecto al mismo trimestre de 2010. Desde hace ya varios trimestres, la población activa andaluza sigue estabilizada en torno a los cuatro millones de personas. Esta cifra más o menos estable desde mitad de 2009, muestra un cambio de tendencia con respecto a los años anteriores en los que la población activa crecía como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la llegada de población de nacionalidad extranjera. Las tendencias demográficas que están detrás de la evolución a largo plazo de la Oferta de trabajo, se matizan a corto plazo por otros factores de índole más coyuntural. Uno de estos factores podría ser el de la prolongación de la crisis económica parece haber afectado a ambas fuerzas. De todas formas, haría falta un análisis más profundo del que nos planteamos en un trabajo del tipo del que aquí realizamos, para determinar la importancia de cada factor.

Población activa según nacionalidad y sexo. Andalucía 2005TI-2011TIII. En miles.



Fuente: EPA y elaboración propia

Si se diferencia la población activa andaluza por grupos atendiendo a género y nacionalidad obtendríamos cuatro grupos demográficos varones y mujeres según nacionalidad española o extranjera. Más allá de las diferencia en cuanto al número de efectivos que componen cada uno de ellos, se observan diferencias en la evolución de su número en los últimos años. En efecto, mientras que el número de efectivos del grupo de varones de nacionalidad española se ha estabilizado en torno a los dos millones de personas desde 2005, el de mujeres de esa misma nacionalidad ha crecido de forma tendencial hasta superar el millón y medio aumentando en 300.000 su presencia en el mercado de trabajo entre 2005 y 2011. Una evolución semejante, en cuanto a tendencia, ha tenido el grupo de mujeres de nacionalidad extranjera en los primeros trimestres del periodo considerado, si bien su crecimiento se ha detenido a partir del año 2009 estabilizándose en torno a las 200.000 personas. El comportamiento que muestra de forma más gráfica el impacto de la crisis económica ha sido el del grupo de los hombres de nacionalidad extranjera cuyo cifra alcanzó los 240.000 efectivos en el primer trimestre de 2010, presentando desde entonces una clara tendencia a disminuir. Aunque todavía no se dispone de información fidedigna, parece indicarnos que se está dando un patrón de comportamiento de la población extranjera de reducción de su presencia en el mercado laboral como consecuencia de una reducción de la llegada de nuevos efectivos e incluso un abandono del mercado de trabajo español en general y el andaluz en particular.

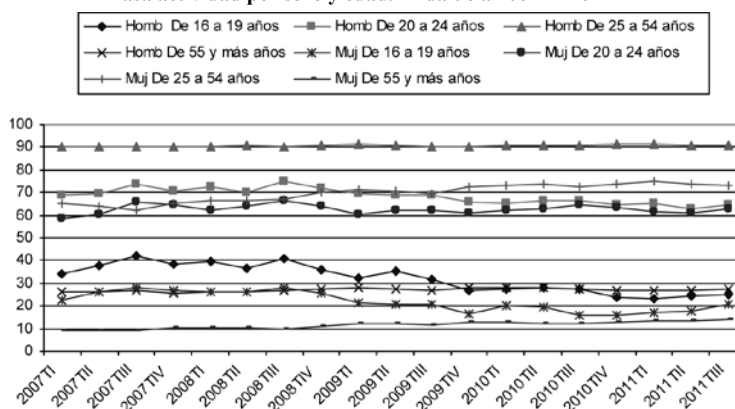
La evolución de la oferta de trabajo se puede apreciar de forma complementaria si la observamos a través de la evolución de las tasas de actividad. En el tercer trimestre de 2011, la tasa actividad media en Andalucía se situó en 58,72%, siendo la de los varones del 67,29% y la de las mujeres del 50,45%. La tasa de actividad de la población extranjera alcanzó el 69,78%, mientras que la de

la población nacional era del 57,61%, más de diez puntos de diferencia que explica los motivos eminentemente económicos y laborales de la población inmigrante.

Una de las características significativas de la crisis actual es su especial incidencia en la población más joven. Si analizamos el comportamiento laboral de los diferentes grupos de población agrupados según edad y sexo, observamos diferentes comportamientos laborales significativos. La tasa de actividad más alta y estable en el tiempo (en torno al 90%) corresponde al grupo de varones de edad comprendida entre los 25 y 54 años. La tasa de actividad de las mujeres de este mismo grupo de edad ha experimentado un aumento a lo largo de los años de la crisis hasta el 73,18% en el tercer trimestre de 2011. El segundo grupo de población con mayores tasas de actividad son los hombres y mujeres de edad entre 20 y 24 años cuyas tasas han convergido a lo largo de los años de crisis hasta valores muy próximos (64,8% y 63,1% respectivamente). La salida del mercado de trabajo más significativa la ha experimentado el grupo de los más jóvenes entre 16 y 19 años, cuyas tasas de actividad se han reducido respecto a los valores de 2007 y anteriores al comienzo de la crisis económica. Respecto a los trabajadores de mayor edad (superior a los 55 años) las tasas de actividad de los varones se han mantenido bastante estables en torno al 26% a lo largo de los años de la crisis, mientras que las tasas de actividad de las mujeres de este grupo de edad ha crecido significativamente mostrando que la crisis tiene un efecto significativo sobre el comportamiento de este grupo de población.

Por tanto, la crisis económica está afectando a las pautas de oferta de trabajo de los diferentes grupos de población en Andalucía de forma singularizada para cada uno. Este resultado tiene que ver con el impacto sobre la ocupación y de paro, así como la posibilidad de encontrar empleo. Pasemos a continuación a contemplar la evolución de la demanda de trabajo.

Tasa actividad por sexo y edad. Andalucía 2007TI-2011TIII



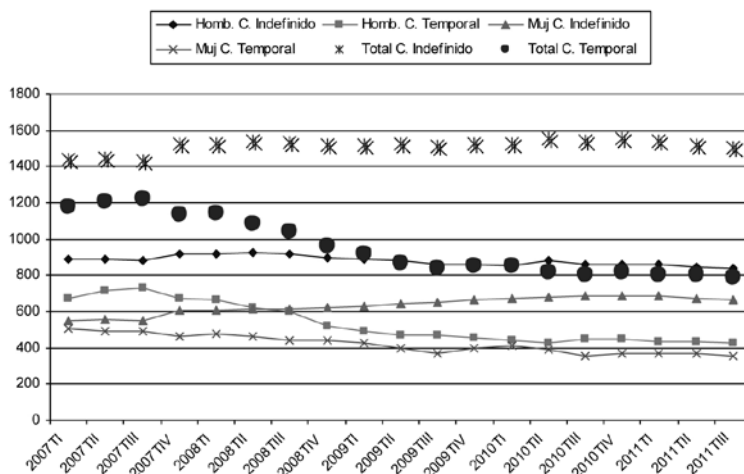
Fuente: EPA y elaboración propia

DEMANDA DE TRABAJO

La población ocupada en Andalucía en el tercer trimestre de 2011 se ha situado en 2.752.700 personas, 36.10 menos que en el trimestre anterior y 74.000 menos que en el mismo trimestre del año 2010. El empleo de los varones se situó en 1.584.600, lo que significa una reducción de 17.600 respecto al trimestre anterior y 60.000 menos respecto al mismo trimestre de 2010. La ocupación de las mujeres alcanzó la cifra de 1.168.200, y también se redujo respecto ambas fechas de referencia (18.500 y 14.000 efectivos respectivamente). En resumen, se ha tratado de un trimestre en el que la evolución de la ocupación en Andalucía se puede calificar como negativa, en un contexto de varios trimestres de caída de la ocupación.

El efecto más evidente de la crisis es el de la destrucción de empleo. La caída de la actividad económica y su débil recuperación a la que hemos hecho referencia, está incidiendo de forma evidente en el empleo, aunque, como ya se ha señalado en trabajos anteriores, la pérdida de empleo se ha centrado fundamentalmente en el grupo de población de los varones. Entre el tercer trimestre de 2007 y de 2011, la ocupación en Andalucía ha disminuido en 475.700 personas (-14,73%) sin embargo, la pérdida de empleo se ha distribuido muy asimétricamente, el empleo de los varones se redujo en 431.000 (-21,38%), mientras que el empleo de las mujeres cayó en 44.600 (-3,68%). La pérdida de empleo ha sido muy acentuada en términos absolutos, pero hay algunos colectivos en los que la pérdida de empleo ha sido especialmente grave, dada la configuración dual y segmentada que la literatura económica indica como característica básica del mercado de trabajo español y andaluz. En este sentido, la evolución del empleo de los asalariados es significativa.

Asalariados según tipo de contrato. Andalucía 2007T1-2011TIII (En miles).

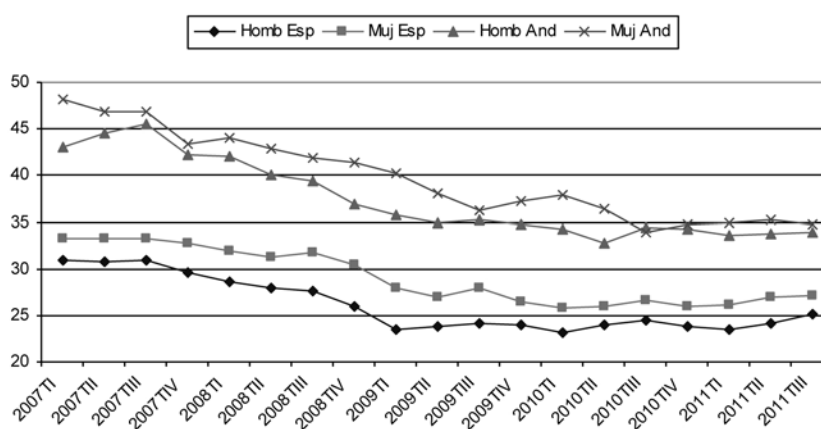


Fuente: EPA y elaboración propia

Como hemos señalado, una de las características más relevantes del mercado de trabajo en España y en Andalucía es su segmentación entre dos grandes grupos de asalariados con contrato indefinido y con contrato temporal que han experimentado una evolución diferenciada respecto a impacto de la crisis económica. El número de asalariados con contrato de duración indefinida en Andalucía se ha mantenido estable desde 2007 en una media de 1.514.000, si bien a partir de mediados de 2010 su número está cayendo. Por el contrario, la caída del número de trabajadores con contratos de duración temporal se ha reducido significativamente desde mitad del año 2007, presentando una primera fase de reducción drástica de entre mitad de 2007 y 2009, y una segunda fase, donde el ajuste del empleo es más suave desde 2009 hasta la actualidad. Observamos por tanto dos comportamientos diferenciados en el número de efectivos de ambos grupos, lo que acaba corroborando la idea de que la flexibilidad del mercado de trabajo para adaptarse a la caída de la actividad económica se ha centrado en un primer momento en el grupo de asalariados con contrato temporal en un primer momento, trasladándose posteriormente el ajuste del empleo a los asalariados con contratos indefinidos.

Si desglosamos los grupos de asalariados según género, podemos encontrar pautas de comportamiento diferenciados. El grupo de asalariados varones con contrato indefinido se ha reducido mientras que el total de asalariadas creció hasta final de 2010 y a partir de entonces su número también empieza a reducirse. Sin embargo, la caída más significativa se da entre los asalariados varones con contrato temporal cuyo número se ha reducido entre el tercer trimestre de 2007 y el mismo trimestre de 2011 en 304.200 personas. Un proceso de pérdida de empleo semejante, aunque de forma más suave entre la población femenina.

Porcentaje de asalariados con contrato temporal sobre el total de asalariados. España y Andalucía. 2007 TI-2011 TIII.

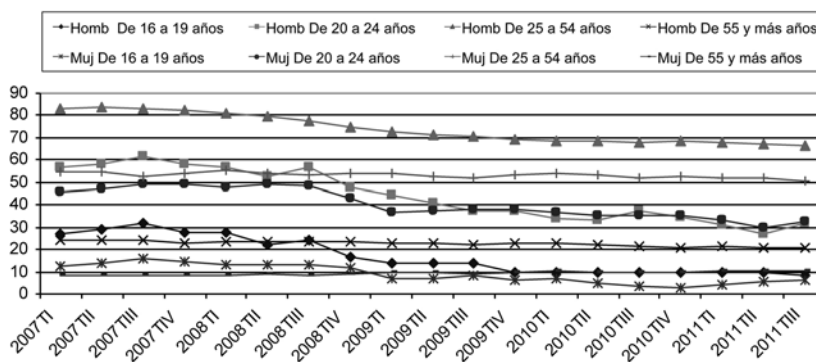


Fuente: EPA y elaboración propia

De forma complementaria podemos considerar la evolución de las tasas de temporalidad de diversos grupos demográficos. Las tasas de temporalidad muestran el porcentaje de asalariados con contrato de duración temporal respecto al total de asalariados. En el periodo 2007-2011 las tasas de temporalidad se han reducido en Andalucía significativamente tanto para hombres como mujeres, si bien hay un diferencial significativo entre los valores de las tasas en Andalucía y en el conjunto de España.

Otra forma de observar el impacto de la crisis económica en la ocupación en Andalucía sobre los diferentes grupos de población es contemplar de la evolución de las tasas de empleo respectivos. Si bien todos los grupos han experimentado un deterioro en los valores de sus respectivas tasas de empleo, las posiciones relativas de los distintos grupos demográficos han cambiado entre 2007 y 2011. Las tasas de empleo más altas a lo largo del periodo considerado corresponden a las personas de edad comprendida entre los 25 y los 54 años (tanto hombres como mujeres). La tasa de empleo del grupo de varones jóvenes es la que experimenta una caída más significativa entre 2007 y 2011 (los varones de edad entre los 20 y los 24 años han perdido en torno a 25 puntos y 18,5 puntos el grupo de varones entre 16 y 9 años). El grupo de asalariados de 55 años y más es el que presenta tasas de empleo más estables, si bien superiores para los hombres en torno a 30 puntos.

Tasa empleo por sexo y edad. Andalucía 2007TI-2011TIII



Fuente: EPA y elaboración propia

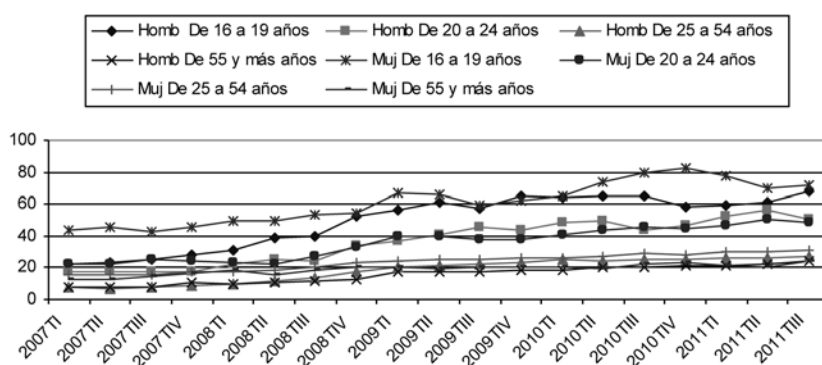
En resumen, la caída de las tasas de empleo de todos los grupos demográficos considerados muestra que la crisis económica ha afectado a toda la población andaluza, sin embargo, es el grupo de los más jóvenes, especialmente los varones, es el que más ha soportado el impacto de la crisis económica sobre su empleo. Esto se ha debido a que la incidencia de la crisis en sectores económicos en los que están más presentes ha sido especialmente grave.

DESEMPLEO

La dinámica del desempleo sigue siendo muy negativa en Andalucía. El número de desempleados en el tercer trimestre de 2011 se situó en 1.232.900 personas, aumentando en 54.100 respecto al trimestre anterior y en 103.400 personas respecto al mismo trimestre de 2010. Según la estimación de la EPA, esta cifra representa un record del número total de parados en la región. Entre el tercer trimestre de 2007 y de 2011, el número de desempleados aumentó en 768,700 personas. Respecto a su distribución entre los grupos demográficos hay que señalar que desde mitad del año 2008, en Andalucía, el número de desempleados varones es superior al de las mujeres. 2011 los desempleados varones se estimaron por la EPA en 658.500 y 574.400 mujeres.

Si bien en términos absolutos el desempleo está en cifras record, en términos relativos no es así, por el aumento de la base de población respecto a los años de crisis anteriores (ochenta y principios de los noventa). Aún así, las tasas de paro presentan registros muy elevados en términos de comparación histórica o con respecto a otras zonas geográficas españolas y europeas. La tasa de paro media en Andalucía alcanzó el 30,93%, aumentando en 1,22 puntos respecto al trimestre anterior y en 2,29 puntos respecto al mismo trimestre de 2010. La tasa de paro media de los hombres en este periodo en nuestra región fue del 29,52% y del 32,96% para las mujeres. La población de nacionalidad española presentó una tasa de paro media del 29,90% y la de nacionalidad extranjera del 39,52%.

Tasa paro por sexo y edad. Andalucía 2007TI-2011TIII



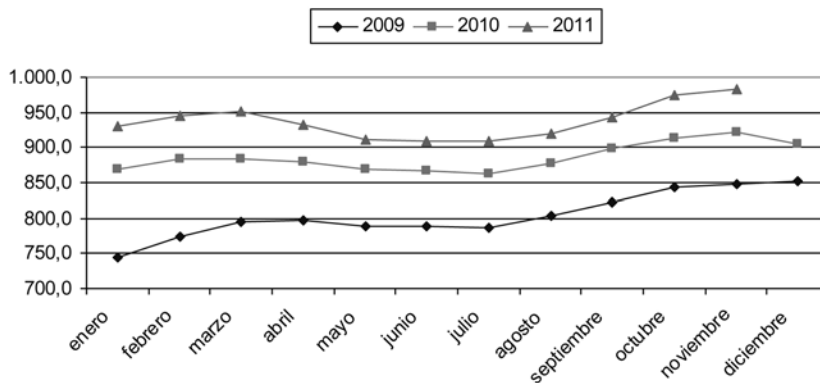
Fuente: EPA y elaboración propia

Como ya hemos señalado, el colectivo de los jóvenes es el que está sufriendo con mayor intensidad el impacto de la crisis económica. Uno de los problemas más significativos de la economía (y en general de la sociedad) española es el de la muy alta tasa de paro de los más jóvenes. Según los datos de

la EPA en Andalucía, el grupo de los más jóvenes es el que experimenta unas tasas de paro más elevadas (los jóvenes de edad entre 16 y 19 años en torno al 70% y los de edades comprendidas entre los 20 y los 24 años en torno al 50%). Estas cifras muestran la necesidad de centrarse en estos colectivos para atenuar la situación de extrema gravedad. Las tasas de paro más bajas se dan en la población de 55 años y más que presenta una tasa media del 24%.

Como elemento de contrastación de las cifras de paro que muestra la EPA podemos hacer referencia al Paro Registrado en Andalucía derivado de los registros oficiales de las instituciones laborales españolas. Si bien, ambas fuentes no coinciden en las cifras, muestran comportamientos semejantes en la evolución del desempleo. En el caso del Paro Registrado en noviembre de 2011 recogen una cifra de 982.500 personas, también la cifra más alta de los últimos años.

Paro registrado. Andalucía 2009-2011. (En miles).



Fuente: Ministerio de Trabajo. Movimiento Laboral Registrado.

Por último, la EPA recoge otro dato de especial relevancia referido al desempleo. El número de hogares en los que todos los miembros activos están parados fue de 399.700, lo que significa un aumento de 27.300 respecto al trimestre anterior.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Tercer Trimestre de 2011

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	3º Trim. 11	23.134,6	0,0	0,1	3.958,7	-0,2	0,1
Tasa de actividad	Porcentaje	3º Trim. 11	60,1	0,0	0,0	58,7	0,2	0,2
Hombres	67,6	0,2	-0,6	67,3	0,2	-0,4
Mujeres	52,9	-0,2	0,7	50,4	0,2	0,9
16-19 años	22,1	2,4	-0,4	23,1	2,0	1,0
20-24 años	65,0	2,1	-1,7	63,9	2,1	-1,6
25-54 años	85,7	-0,4	0,5	82,1	-0,4	0,3
Más de 55 años	21,9	0,1	0,5	20,2	0,7	1,1
Ocupados	Miles	3º Trim. 11	18.156,3	-0,8	-2,1	2.752,7	-1,3	-2,6
Agricultura	707,7	-4,5	-6,1	168,4	-20,0	-5,2
Industria	2.576,3	-0,1	-0,9	256,3	1,3	0,0
Construcción	1.370,7	-4,2	-17,8	207,0	-6,1	-16,4
Servicios	13.501,5	-0,4	-0,2	2.121,1	0,8	-1,1
Asalariados del sector público	..	3º Trim. 11	3.220,6	0,1	1,4	575,1	0,5	-2,0
Asalariados temporales	..	3º Trim. 11	3.950,4	1,2	0,0	785,7	-1,8	-2,0
Parados encuestados	..	3º Trim. 11	4.978,3	3,0	8,8	1.232,9	4,6	9,2
Hombres	2.674,0	2,5	7,8	658,5	4,0	8,6
Mujeres	2.304,4	3,5	10,0	574,4	5,2	9,8
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3º Trim. 11	21,5	0,6	1,7	30,9	1,2	2,4
Hombres	21,0	0,5	1,8	29,4	1,0	2,4
Mujeres	22,1	0,8	1,7	32,9	1,5	2,3
16-19 años	60,4	-2,1	0,6	69,3	4,8	-1,2
20-24 años	42,3	-0,2	6,1	49,6	-4,2	4,7
25-54 años	19,9	0,6	1,7	28,9	1,4	2,3
Más de 55 años	14,2	0,8	0,8	24,2	2,7	2,9
Parados de larga duración	48,1	-0,1	5,1	48,0	-1,0	4,8
Parados registrados	Miles	3º Trim. 11	4.145,8	-1,1	4,6	901,2	-1,8	2,5
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	3º Trim. 11	641,4	0,0	1,3	“	“	“
Coste laboral por trabajador	€/mes	2º Trim. 11	2.599,79	4,6	0,8	2.441,86	6,5	1,6
Industria	2.911,71	4,3	1,6	2.604,97	2,8	-0,8
Construcción	2.721,41	7,7	3,0	2.630,59	8,1	2,3
Servicios	2.523,16	4,3	0,6	2.396,40	6,9	2,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2º Trim. 11	148,30	-2,6	-0,1	149,20	-0,7	0,1
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	Agosto 11	3.110,00	-36,3	-7,8	338,00	-7,1	21,1
	Trabajadores	..	49.011,00	-41,5	-13,9	6.504,00	43,3	85,8
	Extinción de empleo	..	12.580,00	-22,6	6,3	1.419,00	9,0	76,1
	Suspensión de empleo	..	29.384,00	-42,2	-13,5	4.490,00	109,1	91,9
	Reducción de jornada	..	7.047,00	-57,7	-30,0	595,00	-45,4	68,1
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	Julio 11	85,00	-72,5	-61,9	“	“	“
Participantes	Miles	..	16,45	-34,9	-59,2	0,00	-100,0	-100,0
Jornadas no trabajadas	34,15	-74,6	-65,8	0,20	-33,3	-84,6
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	3º Trim. 11	0,8	0,1	0,6	“	“	“
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	Agosto. 11	-5,6	-0,5	-0,5	“	“	“
Inflación	Porcentaje	3º Trim. 11	3,1	-0,1	1,0	“	“	“
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	3º Trim. 11	2,1	-0,1	0,7	“	“	“

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

Comentarios de Jurisprudencia

DERECHO DE HUELGA Y DELITO DE DESOBEDIENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 104/11, de 20 de junio

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora demandante de amparo presta sus servicios en el Ayuntamiento de Tomares. En el mismo, la representación del sindicato CCOO promovió huelga legal de los trabajadores de la delegación de asuntos sociales. El día inicial de la convocatoria de huelga, los trabajadores huelguistas se concentran en la puerta del Ayuntamiento para informar al resto de los trabajadores y usuarios de los servicios públicos de las razones de la convocatoria de dicha huelga. En el marco de la primera jornada de huelga dos ciudadanos acuden, custodiados por la Policía Local, con el objetivo de acceder al Ayuntamiento y resolver, directamente con la concejala responsable de estos servicios, una cuestión relacionada con la delegación de asuntos sociales del Ayuntamiento. La trabajadora demandante, junto a otro compañero, ambos integrantes del Comité de huelga, acompañan a dichos ciudadanos con la intención de impedir la reunión con la concejala, en la convicción de que la responsable política pretendía realizar funciones del servicio y no simplemente políticas. Tras el forcejeo con la Policía Municipal, ocupan el despacho de la concejala no atendiendo a los requerimientos para que abandonaran el despacho.

RESUMEN: Tras la condena de la trabajadora por parte del Juzgado de lo Penal nº 4 de Sevilla, como autora responsable de un delito de desobediencia (art. 556 CP), concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de seis meses de prisión, accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de las costas, interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Sevilla que lo desestimó. Ésta entiende que no concurre vulneración del derecho de huelga ya que éste no puede justificar, en ningún caso, el empleo de la violencia. Lo que sí concurrió, a juicio de tal Audiencia, fue una grave desobediencia a la autoridad, al producirse una negativa repetida a abandonar el despacho de la concejala. Ante esta sentencia, se interpone recurso de amparo por vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva, del derecho a la legalidad penal en relación con los derechos de libertad sindical y huelga y del derecho a la presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional, por providencia de 30 de septiembre de 2008, acordó admitir a trámite la demanda presentada. La Sentencia ahora analizada termina por aceptar los argumentos de la demandante y aceptando la vulneración del derecho de huelga.

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE:

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO
2. LÍMITES AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA HUELGA
3. DERECHO DE HUELGA Y DEBER DE OBEEDIENCIA
3. VOTOS PARTICULARES
4. CONCLUSIONES

1. EL DERECHO DE HUELGA COMO DERECHO DE CONFLICTO

El derecho de huelga es la exteriorización más evidente del conflicto de intereses que subyace en la relación de capital que vincula a trabajadores y empresarios. Como consecuencia de esta característica básica, la huelga se ve rodeada, en el ámbito de su desarrollo, de unas amplias posibilidades de generar enfrentamientos más o menos explícitos. No se debe de olvidar que toda huelga implica un perjuicio para todas las partes implicadas. Es más, el derecho de huelga sólo es efectivo cuando tal perjuicio rebaja los niveles de resistencia de la otra parte de cara a adquirir una posición más ventajosa en los procesos de negociación.

El derecho de huelga lleva, como consecuencia de su esencial carácter colectivo desde el punto de vista de su ejercicio, implícito la necesidad de admitir, dentro de los márgenes previstos por el ordenamiento jurídico, mecanismos para poder hacer efectiva su exteriorización. Los cambios experimentados en los procesos productivos y, por ende, en las relaciones de trabajo, han ocasionado una significativa modificación de la eficacia de los instrumentos de conflicto colectivo de que disponen los trabajadores. De este modo, es posible constatar, en la realidad práctica, cómo huelgas u otras medidas de conflicto colectivo, tras ser exitosamente secundadas, no consiguen sin embargo los objetivos de visualización externa que tales instrumentos pretenden. Efectivamente, la huelga no sólo persigue la paralización total o parcial de proceso de producción, sino que también requiere, en muchas ocasiones, de una proyección pública.

Por otra parte, desde el momento de su reconocimiento como derecho y, en nuestro caso, como derecho fundamental, se requiere, para no dejar el derecho en una simple declaración formal, de la incorporación de una serie de garantías que hagan efectivo el ejercicio del derecho. Entre dichas garantías se encuentra el reconocimiento de los piquetes informativos que se integran en el contenido esencial del derecho de huelga¹, y que están regulados en el art. 6.6 RDLRT.

Evidentemente, los piquetes informativos se convierten en cada declaración de huelga en unos de los aspectos del desarrollo de la huelga de mayor

¹ STCo 37/98, de 17 de febrero.

conflictividad. Esta circunstancia plantea, para cierto sector de la opinión pública, la necesidad de replantearse su existencia, dada la facilidad de las organizaciones convocantes de la huelga para transmitir las razones de su celebración al margen de los mismos. Tal razonamiento, no obstante, oculta otra realidad de gran calado: la enorme capacidad de aquellos contra quienes es convocada la huelga para ejercer una violencia, mucho menos mediática, contra aquellos trabajadores que pudieran estar dispuestos a ejercer su derecho fundamental a la huelga. Es por esto que, en la práctica, los piquetes informativos trascienden el mero papel de transmisión de las razones de la huelga para convertirse en facilitadores del ejercicio de un derecho que, en numerosas ocasiones, se encuentra debilitado en el contexto de la creciente precariedad laboral de los titulares del derecho.

Esta compleja realidad implica la necesidad de ponderar con sumo cuidado el conjunto de los bienes jurídicos en juego: libertad de trabajo, ejercicio efectivo del derecho de huelga, derecho a informar de los objetivos de la huelga, derecho a los usuarios a obtener un determinado servicio, ocupación del centro de trabajo y libre tránsito de las personas, etc. En definitiva, se trata de establecer cuáles son los espacios libres entre el ejercicio del derecho de huelga y el resto de los bienes jurídicos que pueden concurrir en el contexto en que se desarrolla el hecho huelguístico.

2. LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA

Partiendo de las premisas anteriormente esbozadas, en el supuesto de hecho ahora analizado nos encontramos con una típica situación en la que el derecho de huelga se implica con otros muchos bienes jurídicos cuyo ejercicio también está respaldado por nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez convocada la huelga legalmente, según reconocen los hechos probados de la Sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, los trabajadores convocados a la jornada de huelga constituyen un piquete informativo en la puerta del Ayuntamiento de Tomares, dificultando el normal tránsito de personas al interior del mismo. A lo largo de la mañana, accede custodiada a la Casa Consistorial la Concejala titular del servicio de asuntos sociales. Asimismo, también con el consiguiente forcejeo, dos usuarios del servicio acceden al interior con la pretensión de entrevistarse con la concejala.

Como consecuencia de tal pretensión e interpretando que la concejala va a incurrir en una suerte de esquirolaje interno, y que va a prestar un servicio propio de la actividad administrativa y no de la política que le corresponde, dos trabajadores, en los que concurre la condición de miembros del comité de huelga, acompañan a los dos ciudadanos hasta el despacho de la concejala con el propósito de impedir el normal discurrir de la entrevista pretendida. Ya

en el interior del despacho, tanto la concejala, como superior jerárquica de los trabajadores, así como los miembros de la Policía Local presentes, ordenan el desalojo del despacho en cuestión, negándose los trabajadores a hacerlo durante un tiempo.

Como consecuencia de tales hechos, los trabajadores son denunciados, en lo que a nosotros ahora interesa, por resistencia a la autoridad. El Juzgado de lo Penal nº 4 de Sevilla condena a los trabajadores al considerar probado que se produjo tal resistencia y que, a su entender, el que tal conducta se realizara en el marco del desarrollo de una huelga y que los trabajadores afectados pertenecieran al comité de huelga, no modula dicho deber de obediencia.

Conforme a la descripción de los hechos probados nos encontramos, como ya advertimos, con una serie de bienes jurídicos que concurren en el supuesto de hecho. Por una parte, la pertenencia al comité de huelga de los trabajadores condenados y las consiguientes prerrogativas que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a tales miembros. En segundo lugar, la existencia de un piquete informativo reconocido como contenido esencial del derecho de huelga. Por último, la propia existencia de una huelga y la consiguiente modulación del deber de obediencia consustancial a la relación de trabajo que la misma implica.

Partiendo de tales premisas, el Juzgado de lo Penal nº 4 de Sevilla, fundamenta la condena de los trabajadores en el hecho de que la huelga no puede constituirse en un pretexto para el desarrollo de acciones violentas ajenas a la propia esencia del derecho fundamental reconocido en el art. 28 CE. Además, dentro de los hechos probados, descarta la concurrencia de un esquirolaje interno al atribuir a las funciones políticas un carácter más amplio: “se trata de que quien ocupaba órgano de gobierno y representación del Ayuntamiento empleador, actúa en la posición jurídica de éste, lo que no supone sustitución indebida de huelguistas por otro trabajador, sino actuación lícita del empresario”. Todo ello a pesar de que la entrevista estaba, en realidad, concertada con uno de los técnicos en huelga y no con la concejala.

Los trabajadores en su recurso de amparo vienen a mantener que, en primer lugar, el derecho de huelga es un derecho fundamental, condición que no reviste el derecho del concejal a entrevistarse con los usuarios del servicio. Asimismo, mantienen que el comité de huelga y sus miembros tienen la facultad de acceder al centro de trabajo durante el ejercicio del derecho fundamental, entre otros extremos para comprobar si la empresa cumple la normativa relativa a esa medida de conflicto colectivo. Por último, mantienen que permanecer en el lugar donde se lleva a cabo la entrevista no puede calificarse como conducta obstinada, con conciencia y voluntad de incumplir una orden.

3. DERECHO DE HUELGA Y DEBER DE OBEDIENCIA

La Sentencia ahora comentada comienza su razonamiento jurídico justificando la necesidad de analizar si los hechos por los que la recurrente fue sancionada penalmente constituyen o no actos que deban ser desconectados del ejercicio del derecho fundamental de huelga, dado que la alegación de vulneración del derecho a la legalidad penal tiene como fundamento exclusivo el que habría sido objeto de sanción penal una conducta subsumible en la cobertura ofrecida por el derecho de huelga.

Partiendo de esta necesidad, la Sentencia viene a establecer una serie de premisas imprescindibles para la valoración de la cuestión ahora analizada. En primer lugar, es doctrina asentada en el Tribunal Constitucional el que los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales y de que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito²: «De forma que cuando una conducta constituya, inequívocamente, un acto ajustado al ejercicio regular del derecho fundamental, respondiendo por su contenido, finalidad o medios empleados a las posibilidades de actuación o resistencia que el derecho otorga, no resultará constitucionalmente legítima la imposición de una sanción penal, aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera conforme a su tenor literal. Dicho en otras palabras, el amparo del derecho fundamental actuará como causa excluyente de la antijuridicidad».

Sin embargo, esta premisa no deja de ser una obviedad que es consustancial a la propia naturaleza del derecho fundamental y la protección de su ejercicio. Por ello, se hace imprescindible avanzar una segunda premisa: la necesidad de cuestionar la aplicación de los tipos penales en aquellos supuestos en los que, pese a que puedan apreciarse excesos en el ejercicio del derecho fundamental, éstos no alcanza a desnaturalizarlo o desfigurarlos. Se trataría de dar amparo también a aquellos supuestos en los que el ejercicio del derecho fundamental no resulta «plena y escrupulosamente» acorde a sus condiciones y límites, pero «se aprecie inequívocamente que el acto se encuadra en su contenido y finalidad y, por tanto, en la razón de ser de su consagración constitucional».

La justificación de esta última afirmación se encontraría en la necesidad de que la posible aplicación del tipo penal no pueda funcionar como un desincentivo al ejercicio de los derechos fundamentales. En apoyo a esta afirmación, el Tribunal Constitucional trae a colación la argumentación mantenida por su anterior sentencia 88/03, de 19 de mayo³. En aquella resolución, el Tribunal

² STCo. 29/09, de 26 de enero, Fundamento Jurídico Tercero.

³ Véase más extensamente nuestro comentario sobre esta sentencia en «Límites constitucionales al derecho de reunión y asamblea», *Temas Laborales*, n° 72, 2003, pp. 195-203

Constitucional, partiendo de razonamientos semejantes a los ahora utilizados, llega justo a la conclusión opuesta. En concreto, no otorga el amparo a aquellos trabajadores que alegaban, frente a la sanción de allanamiento de morada, que estaban amparados por su derecho de reunión cuando desobedecieron la orden de desalojo de Ayuntamiento donde se realizaba dicha reunión. No obstante, la STCo. 104/11 recupera el llamado “efecto desaliento” que el exceso de rigor en la aplicación de la legalidad penal puede comportar para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Así pues, la Sentencia ahora analizada, partiendo de dicho “efecto desaliento” no deseado, acabará otorgando una solución distinta a la que, en un supuesto de enormes coincidencias, había mantenido en la Sentencia 88/03. Sin embargo, desde nuestro punto de vista la gran diferencia se encuentra en la naturaleza del derecho fundamental en cuestión. Mientras que el supuesto de 2003 era el derecho de reunión el derecho fundamental implicado, en el supuesto actual es el derecho de huelga. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional viene a mantener en su siguiente argumentación que la propia naturaleza del derecho de huelga conlleva la concurrencia de un conflicto que, si bien no justifica actos violentos o asimilables, implica necesariamente una determinada aproximación en la delimitación de sus contenidos como ya mantuvo este Tribunal en su iniciática sentencia 11/81, de 8 de abril. Esta toma de posición implica «la asunción y defensa constitucional de una caracterización del derecho y de los márgenes de su ejercicio que respondan a ese contexto de conflicto y a su finalidad de defensa de intereses de los trabajadores en los escenarios de tensión y antagonismo en los que tiene lugar su desarrollo».

Como consecuencia de este razonamiento, no cabría incluir entre los supuestos penalmente sancionables no sólo aquellos que sean ejercicio regular del derecho fundamental de huelga sino que tampoco es posible reaccionar desproporcionadamente frente al acto conectado con el derecho fundamental, ni siquiera en el supuesto de que no constituya un ejercicio plena y escrupulosamente ajustado a las condiciones y límites del mismo.

En definitiva, «la sanción penal sólo será constitucionalmente posible cuando estemos frente a un “aparente ejercicio” del derecho fundamental, y siempre que, además, la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturalice o desfigure el derecho y se sitúe objetivamente al margen de su contenido esencial, quedando por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible».

El Tribunal Constitucional, por tanto, define con carácter previo las características del ejercicio del derecho de huelga y las implicaciones que tales características generan en el análisis de sus relaciones con la posible comisión de un ilícito penal en el marco de su ejercicio. Partiendo de que se trata de un derecho de conflicto, la interpretación de sus límites deberá estar presidida por

la concurrencia de dos principios: en primer lugar, el derecho penal no puede suponer, por el exceso de rigor en su aplicación, un desincentivo para el ejercicio del derecho fundamental de huelga; y, en segundo lugar, será necesario analizar que la conducta enjuiciada no desnaturalice los fines constitucionalmente reconocidos al ejercicio del derecho de huelga.

Partiendo de todas las consideraciones expuestas, el siguiente paso será determinar si las conductas realizadas por la trabajadora que solicita el amparo se encuentra dentro de los límites del ejercicio de huelga, lo que conllevaría la imposibilidad de sancionar penalmente la desobediencia de la misma, y si las resoluciones impugnadas han dado a tal conducta el tratamiento adecuado.

El primer hecho a tener en consideración a juicio del Tribunal Constitucional es el de la pertenencia de la trabajadora al comité de huelga. En opinión del máximo intérprete de la Constitución, los órganos judiciales no otorgaron protagonismo alguno al examen de esa decisiva circunstancia: «en las resoluciones que se impugnan se desatiende la relevancia de ese dato, o se le niega implícitamente virtualidad para calificar el comportamiento huelguístico, obviando toda consideración sobre el papel decisivo del Comité de huelga en la gestión de la misma».

En relación al Comité de huelga⁴, se rescata la ya clásica interpretación aportada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 11/81, de 8 de abril, en la que se le reconoce un papel esencial en relación al desarrollo de la huelga y al que se le atribuyen unas funciones de representación de los trabajadores en conflicto, lo que incluye atribuciones de negociación pero también de administración de la huelga en todas las fases del devenir de la misma. Entre las facultades que ha de reconocerse a este órgano debe estar la de acceso de los integrantes del comité de huelga al centro de trabajo (FJ Séptimo).

De la atribución de tales facultades se infiere, a juicio de la Sentencia ahora comentada, la singular posición de sus miembros durante el desarrollo de la huelga, lo mismo que el reforzamiento de sus derechos y garantías en tanto que representantes de los trabajadores en conflicto. Es decir, que la condición de miembro del Comité de huelga de la recurrente en amparo se convierte en «un factor que debe necesariamente ponderarse al enjuiciar los hechos que motivaron su condena, pues está fuera de cuestión que la demandante actuó en el ejercicio de dicha representación, no como una huelguista más».

Se encuentra, pues, como después desarrollaremos, en el origen de la matización que de su anterior jurisprudencia elabora el Tribunal Constitucional la pertenencia al comité de huelga de la trabajadora demandante de amparo. De lo que parece deducirse que si no hubiera tenido tal consideración

⁴ Véase, Rentero Jover, J., «Algunas consideraciones acerca del comité de huelga», *A.S.*, vol. III, 1992.

hubiera podido seguir manteniendo el posicionamiento de la anterior STCo. 88/03, de 19 de mayo.

Continuando con el análisis de la resolución ahora comentada, se trataría de comprobar, en definitiva, si la conducta de la trabajadora se encontraba conectada con el ejercicio del derecho de huelga: «se trata de saber si tiene amparo en el art. 28.2 CE que la trabajadora miembro del comité de huelga entrase en el despacho del concejal y se resistiese, durante diez minutos aproximadamente, a lo que consideraba una indebida (ilegítima, a su juicio) sustitución de funciones, que tenía lugar en pleno desarrollo de la medida de conflicto, y que resultó sorpresiva e inesperada para quienes legítimamente presumían que la función desempeñada en el ámbito de los servicios sociales pro el Ayuntamiento no tendría cobertura durante la huelga, tras haber secundado la convocatoria de los titulares del servicio».

En el marco del enjuiciamiento de la concreta conducta de la recurrente, según el Tribunal Constitucional, existe una evidente conexión entre la conducta de la trabajadora y el ejercicio del derecho de huelga, dado que explicitar el conflicto en el desarrollo de la huelga sobre la procedencia o regularidad de la acción del concejal no puede concebirse como un acto ajeno al ejercicio del derecho, por estar conectado de forma patente con el desarrollo de la medida colectiva y con la función representativa desempeñada por la demandante de amparo.

Partiendo de esta evidente, a juicio del Constitucional, conexión, se viene a considerar que la imposición de la sanción penal fue una reacción desproporcionada, vulneradora del derecho a la legalidad penal por su efecto disuasorio o desalentador del ejercicio del derecho fundamental a la huelga: «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadora que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significa posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios». Como consecuencia de que los órganos judiciales realizaron una interpretación del tipo penal de desobediencia que no tuvo en consideración que «el tipo penal no podía interpretarse y aplicarse de forma contraria al ejercicio del derecho fundamental a la huelga con el que la conducta que se sanciona estaba inequívocamente vinculada, tal interpretación resulta constitucionalmente rechazable por ser imprevisible par el destinatario».

4. VOTOS PARTICULARES

La opinión mayoritaria de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional no fue compartida por tres de los magistrados de la misma, que emitieron sendos

votos particulares. Según el primero de los votos particulares, emitido por el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, la conducta de la trabajadora sería perfectamente subsumible en el tipo penal de desobediencia y el hecho de que la recurrente formara parte del Comité de huelga no puede enervar tal conducta. Para este magistrado la argumentación de la mayoría de la Sala supondría que «la reconocida desobediencia a la autoridad no lo es si se comete por un miembro de un comité de huelga y en el desarrollo de la misma». Sorprendentemente, este argumento se sustenta en la defensa del derecho de huelga que, según este magistrado, necesita ser separada de toda vulneración de la legalidad.

Además, continúa el Magistrado disidente, la necesaria interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, hace necesario velar por el respeto del principio de autoridad ya que nos encontramos actualmente, mantiene el magistrado sin aportar datos al respecto, «en un momento particularmente sensible, cuando proliferan actuaciones de hecho y manifestaciones expresas o implícitas de incumplimiento de la legislación y palmario desacatamiento de las resoluciones judiciales» (sic.)

El segundo de los votos particulares lo formula el también catedrático de Derecho del Trabajo, don Francisco Pérez de los Cobos y al que se adhiere don Francisco José Hernando Santiago. Este Voto particular parte de la negación de la mayor, al afirmar que la conducta realizada por la demandante, esto es, concentrarse en la puerta del Ayuntamiento y penetrar en el Ayuntamiento no formaba parte del ejercicio de derecho de huelga. La trabajadora, a juicio de este magistrado, ejerció la huelga mas no el derecho de huelga. La pertenencia de la trabajadora al comité de huelga es concebida por este magistrado como una restricción del derecho de huelga al tener un deber adicional de garantía de la seguridad de las personas y de las cosas durante el desarrollo de la huelga. La negación del carácter de huelguístico del comportamiento de la recurrente hace innecesario cualquier otro razonamiento, siendo perfectamente válida la aplicación del tipo de penal de desobediencia.

5. CONCLUSIONES

Una vez analizados los razonamientos jurídicos, tanto de la mayoría de la Sala como de los Votos particulares, sólo nos queda contextualizar la sentencia comentada en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y comprobar cuál pudiera ser su significación práctica.

Desde nuestro punto de vista, la sentencia comentada no hace sino volver hacia la tradicional jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional desde su ya lejana STCo. 11/81, de 8 de abril. Según esta doctrina, y como nosotros resaltamos al comienzo de este comentario, los límites y extensión del dere-

cho fundamental de huelga no pueden ser interpretados sin obviar el carácter conflictivo de este derecho. Es difícil imaginar una situación en la que la celebración de una huelga no implica el surgimiento de este tipo de conflictos. Por lo tanto, no puede desconocerse en un supuesto como el actual, el que la autoridad contra la que, según las sentencias de instancia, la trabajadora se resistió era la parte contra la que el derecho de huelga se ejercitaba. De lo contrario, toda huelga ejercida en un contexto como el analizado podría ser desmantelada con el simple recurso de exigir a los trabajadores el deponer su actitud.

No obstante, nos llama sobremanera la atención el diferente tratamiento que el Tribunal Constitucional otorga al más paradigmático de los derechos del conflicto como es el derecho de huelga respecto de la falta de cobertura de otros derechos también indispensables para la canalización de las reivindicaciones de los trabajadores. En este sentido, llama poderosamente la atención la separación entre el razonamiento de la sentencia comentada y la no demasiado lejana STCo. 88/03, de 19 de mayo. En esta sentencia, una desobediencia mucho más leve en cuanto que el desalojo se realizó sin previo conflicto y se trataba de un lugar del Ayuntamiento con menos significación que un despacho de un concejal, no dio lugar al amparo y los trabajadores fueron condenados por allanamiento de morada.

En nuestra opinión, se trata de una clara separación en la protección de los derechos fundamentales estrictamente laborales, como es el derecho de huelga, y los derechos fundamentales inespecíficos como es el derecho de reunión. Este razonamiento lleva al absurdo de que se proteja el derecho de los trabajadores miembros del comité de huelga a no obedecer las órdenes de desalojo del despacho de un concejal y no que, en un contexto mucho menos conflictivo, se deseche la trascendencia constitucional de la celebración de una reunión en la entrada del centro de trabajo.

De este modo, aun compartiendo el razonamiento mantenido por la STCo. 104/11, de 20 de junio, nos plantea una serie de dudas. En primer lugar, el otorgamiento de una diferente intensidad en la protección de los derechos fundamentales específicamente laborales y el resto de los derechos fundamentales de que el trabajador es titular en cuanto ciudadano, conlleva el riesgo de que más temprano que tarde termine repercutiendo en un progresivo debilitamiento también de los primeros, por cuanto que no es posible separar a la persona del trabajador de su condición de ciudadano⁵. En segundo lugar, las continuas referencias a la condición de la trabajadora recurrente de miembro del comité

⁵ En este sentido, llama la atención el que uno de los Votos particulares fuera emitido por el prof. Pérez de los Cobos, autor de una doctrina claramente restrictiva respecto de la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos en el contexto de la prestación de trabajo. Véase, Pérez de los Cobos Orihuel, F., "Sobre el derecho a la propia imagen. A propósito de la STCo. 170/87, de 30 de octubre. *Revista del Poder Judicial*, 1988, núm. 10.

de huelga, nos plantea la duda de hasta qué punto se hubiera otorgado el amparo en el caso de que tal condición no hubiera concurrido en la recurrente. Si se parte de que el derecho de huelga es un derecho de conflicto, la protección frente al carácter desincentivador que puede conllevar la aplicación del Derecho Penal se debiera predicar de todos los trabajadores, pues este derecho, de carácter marcadamente colectivo, sólo tiene sentido cuando es ejercitado por la mayor parte de la plantilla. Es decir, de qué sirve otorgar una protección adicional a los miembros del comité de huelga cuando sólo si la huelga es secundada por el mayor número posible de trabajadores va a tener visos de éxito.

**LÍMITE AL PODER EMPRESARIAL EN LA
DETERMINACIÓN-MODIFICACIÓN DE LA JORNADA
ANUAL: EL CASO DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN
EN CENTROS ESCOLARES**

Sentencia TSJ de Andalucía (Sevilla), de 15 de marzo de 2011

ANTONIO COSTA REYES*

SUPUESTO DE HECHO: La empleadora (Consejería de Educación de la Junta de Andalucía) pretende la modificación de la jornada de trabajo (y por ende, de la retribución) de los profesores de religión que imparten docencia en los centros escolares, hasta el punto de que, en algunos casos, ello conllevaría convertir sus contratos de trabajo a tiempo completo en tiempo parcial, y para ello alega principalmente que actúa en el ejercicio de su poder de dirección en los términos que le permite el régimen jurídico específico aplicable a tales trabajadores: RD 696/2007, que, en su opinión, reconoce el derecho de la Administración competente a decidir cambios en la jornada de trabajo como los señalados con el simple hecho de justificarlo en la planificación de las necesidades docentes del curso en cuestión, y por lo tanto sin que sea preciso seguir el trámite previsto en la norma estatutaria (particularmente, en el art. 41 LET), pues el mismo no es derecho mínimo o necesario, por lo que puede sustituirse por otra previsión en contra, lo que estima es lo ocurrido tanto con la previsión reglamentaria señalada, como porque la modificación de la jornada es una consecuencia de la planificación del curso escolar la cual fue participada y aceptada por las organizaciones sindicales legitimadas para ello.

Junto a ello, para el caso de no admitirse una interpretación como la señalada, la Consejería añade que la modificación unilateral señalada sería en todo caso lícita porque los propios afectados aceptaron el cambio voluntariamente, al haber dado su conformidad con la firma de la correspondiente adenda-anexo al contrato de trabajo originario suscrita por el trabajador al inicio de cada curso escolar.

Frente a tal decisión impugnan los trabajadores afectados por entender que la misma no se ajusta al procedimiento debido y en todo caso, excede de los límites del poder de dirección del empresario.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

RESUMEN: La sentencia comentada, que continúa la línea iniciada en 2009 por la Sala de lo Social de la sede de Sevilla del TSJ de Andalucía, desestima el recurso planteado por la empleadora frente al pronunciamiento del juzgado de lo social que da la razón a los trabajadores y declara nula la decisión empresarial así adoptada. Para llegar a tal solución, el Tribunal -que comienza reiterando el rechazo a la alegación de la Administración de nulidad de las actuaciones por inadecuación del procedimiento- hace un recorrido por la diversa regulación aplicable en las últimas décadas a los profesores de religión católica en centros escolares, (Acuerdos Estado-Iglesia de 03/01/1979, Orden de 09/09/1993, Ley 50/1998 -que establecía el carácter de relación laboral temporal de tales trabajadores, vinculada al curso escolar-, Orden de 09/04/1999, en virtud de la cual la Administración asumía el papel de empleador), al objeto de aclarar y concluir, particularmente tras la LOE 2/2006 (DA Tercera, 2º), que dichos profesores están vinculados con la Administración en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET); y en esta línea, el RD 696/2007 que desarrolla tal DA y regula la referida relación laboral, reitera, como no podía ser de otra forma, la naturaleza laboral de dicha relación y la sujeta, en relación al tema planteado, a LET.

En definitiva, la solución a la cuestión de si la Administración educativa puede o no, en ejercicio de sus facultades empresariales, modificar (unilateralmente) la jornada de los profesores de religión al inicio de cada curso escolar, vendrá dada por las reglas que a tal efecto determinan el alcance de dicho poder empresarial, que en este caso serán aquellas que rigen para toda relación laboral común, esto es, el Estatuto de los Trabajadores, sin que exista un régimen jurídico específico que excluya los derechos que esta norma otorga a los trabajadores, particularmente los relativos a los cambios en sus condiciones de trabajo o incluso, en la modalidad contractual inicialmente pactada.

Al interés de las resoluciones comentadas se añade el hecho de que las soluciones son claramente contrarias a las mantenidas sobre el mismo tema por no sólo por otros TSJ, sino por el mismo Tribunal, pero en su sede de Granada.

ÍNDICE:

1. ANTECEDENTES DEL CASO
2. CRITERIO DE LA RECURRENTE Y DE LAS RESOLUCIONES FAVORABLES A LA MISMA
3. CRITERIO DE LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN
4. COMENTARIO
5. REFERENCIAS

1. ANTECEDENTES DEL CASO

Como adelantábamos, la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 15/03/2011 (AS 1739) reitera la doctrina emanada de dicho Tribunal en diversas resoluciones, y cuyo origen hay que buscar en la sentencia de 27 de enero de 2009 (JUR 2009/156845). En todas ellas nos encontramos con un supuesto similar: la Administración educativa (empleadora), atendida la planificación del curso escolar a iniciar, procede, en ejercicio de su poder de dirección *ex art. 4.2 RD 696/2007*, a determinar unilateralmente la jornada (y por ende, la retribución) de esos trabajadores en dicho curso, de manera que, en función de las necesidades de la referida planificación, aminora la jornada inicialmente pactada, lo que en algunos casos lleva incluso a determinar la modalidad de contrato a tiempo parcial o completo de los trabajadores que imparten clases de religión católica. Para reforzar su decisión, la empleadora añade que los trabajadores así venían consintiéndolo, pues al inicio de cada curso escolar firmaban la correspondiente adenda-anexo a su contrato originario, en la que se establecía su concreta jornada de trabajo para ese año. En el caso planteado, la decisión de la empleadora dejaba a los trabajadores con una jornada inferior a la prevista para su contrato, hasta el punto incluso que en algunos casos ello supondría la conversión de su contrato de tiempo completo a tiempo parcial.

Disconformes los trabajadores, se dirigen primero a la propia Administración, por un lado, presentado escrito para dejar constancia de su disconformidad con la modificación operada; y por otro, planteando reclamación previa por esos hechos ante dicha Administración. Finalmente, demandan ante el juzgado de lo social, solicitando la nulidad de la medida y la reposición a la situación anterior alegando en esencia que se ha procedido al dicho cambio sin seguir el procedimiento debido (sea el art. 41 LET o *ex art. 12 LET*, recabando el consentimiento del trabajador), petición que en este caso es estimada en la instancia, y frente a la cual interpone recurso de suplicación la Administración afectada (Consejería de Educación).

2. CRITERIO DE LA ADMINISTRACIÓN RECURRENTE Y RESOLUCIONES FAVORABLES A LA MISMA

Como adelantábamos, el supuesto ahora analizado no difiere de otros que ha tenido que resolver ya el mismo Tribunal, incluso este mismo año (*v.gr.*, SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 9 y 22 de febrero y 15 de marzo de 2011 respectivamente, AS 2011/840, 1448 y 1739). Sin embargo, no en todos ellos los juzgados de lo social estimaron la pretensión de los trabajadores, sino que muy al contrario, en otras ocasiones fueron los propios trabajadores quienes plantearon el correspondiente recurso de suplicación frente a la sentencia de

instancia que daba la razón a la Consejería de Educación (*v.gr.*, SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 09/02/2011, AS 2011/840; o sede Granada, de 24/02/2010, AS 2011/353).

Tanto en esas sentencias de instancia, como en algunas dictadas en los recursos de suplicación frente a resoluciones similares, se da validez a la decisión empresarial y por tanto, se admite que la Administración actúa dentro del ejercicio de su poder de dirección. Para justificar esta posición se viene esgrimiendo un triple argumento: En primer lugar y principalmente, la facultad que a estos efectos le reconoce la normativa específica aplicable a los profesores de religión católica en centros escolares (en particular, el art. 4.2 del Real Decreto 696/2007). Segundo, de entender que tal normativa no ampara esa facultad, en haber actuado conforme al procedimiento que sustituye al previsto en el art. 41 LET, sea el que contempla el art. 4 RD, sea el acuerdo que sobre planificación del curso escolar se adoptó con los sindicatos más representativos. Y tercero, en todo caso, en la propia aceptación de los trabajadores afectados, pues al inicio de cada curso escolar suscribieron las referidas adendas-anexos a su contrato en las que se especificaba su jornada (minorada) para ese año.

Por el interés que tales argumentos tienen, procedemos a detallar algunas de las razones que en opinión de tales sentencias justifican la decisión empresarial:

Primera, por encontrarse dentro del ejercicio ordinario de sus facultades empresariales en los términos en los que puede desarrollarse conforme a la normativa específica que a estos efectos sería aplicable. En otras palabras, aceptando que la relación que une a los trabajadores con la Administración competente es de carácter laboral, entienden que si bien la misma ya no es de carácter especial, sí existen al menos ciertas particularidades respecto a las fuentes del Derecho aplicables a dicha relación, lo que implicará la aplicación preferente de la normativa específica (art. 4.2 RD), que en este caso otorga a la empleadora la facultad de determinar la jornada laboral al inicio de cada curso escolar, sin más limitaciones que hacerlo conforme a las necesidades derivadas de la correspondiente planificación escolar.

Para llegar a esa solución, las sentencias que la asumen (por todas, STSJ de Andalucía/Granada, de 24/02/2010; AS 2011/353) lo justifican, por un lado, en la interpretación de la DA Tercera (apartado 2) LOE 2/2006, que señala que “Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes (...). La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho”. Y por otro lado, en la

aclaración a esta previsión legal hecha por el RD 696/2007, cuando establece (art.2): “La contratación laboral de los profesores de religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica de Educación, por el presente Real Decreto y sus normas de desarrollo, por el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, así como por los Acuerdos de Cooperación con otras confesiones que tienen un arraigo evidente y notorio en la sociedad española”. Por tanto, si bien la relación es laboral, no menos cierto es que la misma se rige por otras normas además del LET; en particular y a los efectos que ahora interesa, por lo previsto en el art. 4 RD 696/2007 (*vid.* también la DA única RD) que al tratar de la ‘Duración y modalidad de la contratación’ contempla que: 1. La contratación de los profesores de religión será por tiempo indefinido, salvo en los casos de sustitución del titular de la relación laboral que se realizará de conformidad con el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y sin perjuicio de lo dispuesto en las causas de extinción del contrato que figuran en el presente Real Decreto. 2. La determinación de la modalidad del contrato a tiempo completo o parcial, según lo requieran las necesidades de los centros públicos, corresponderá a las Administraciones educativas competentes, sin perjuicio de las modificaciones que a lo largo de su duración y por razón de la planificación educativa, deban producirse respecto de la jornada de trabajo y/o Centro reflejados en contrato.

De todo ello concluye esta interpretación judicial que dicho RD 696/2007 prevé un régimen particular y específico en relación a dos cuestiones: por un lado, respecto al carácter *indefinido* (y las causas de extinción) de los contratos laborales suscritos con tales profesores (y excepción hecha para los casos de interinidad), que viene así a modificar tanto el régimen anterior (Ley 50/1998, que sí establecía el carácter de relación laboral temporal de tales trabajadores, vinculándola al curso escolar), como el que en su caso pudiera derivarse de la normativa laboral común (LET). Y por otro lado, sobre la determinación de la *jornada* laboral (y por ende, incluso, sobre el carácter de tiempo completo o parcial de los contratos de los trabajadores afectados), que corresponde fijar al inicio de cada curso escolar a la Administración competente.

Cuestión importante esta última, pues tal y como es interpretada supone facultar a la empleadora para modificar unilateralmente la jornada –únicamente- cuando tales cambios a) sean motivados por las necesidades variables de los centros y en aras de una mayor racionalidad y eficacia de la gestión administrativa, y b) tengan lugar antes del comienzo de cada año escolar, ya que conforme a la normativa específica, antes de ese momento no existe vinculación de jornada y centro fuera del curso escolar.

Dicha conclusión, aplicada a los casos enjuiciados lleva a afirmar que “no

nos encontramos ante una modificación sobrevenida de condiciones iniciado ya e impartido parte del curso, sino ante una adecuación al inicio del curso de la jornada real a la demanda real de la asignatura que imparten conforme a la específica normativa antes estudiada, que produjo una novación contractual” (STSJ de Andalucía/Granada, de 24/02/2010, AS 2011/353); excluyendo por tanto la aplicación de lo dispuesto en los arts. 12 y 41.1 LET, que conforme a esta doctrina “solo procedería cuando el cambio de jornada o centro se hiciera una vez iniciado el curso escolar” (en STSJ de Andalucía/Sevilla, de 27/01/2009, AS 2009/156846).

En resumen, concluyen las sentencias, es esa normativa reglamentaria específica “que altera la naturaleza del vínculo, con su especial objeto (impartir clases de Religión en Centros docentes) la que ha de cumplirse en su integridad, de forma tal que, si por un lado se concede una naturaleza distinta al vínculo que beneficia al trabajador, también condiciona la relación de servicios de cada año atendiendo a la planificación educativa” (STSJ de Andalucía/Granada, de 03/03/2010, AS 2011/98485), y consecuentemente, “la alteración del horario, condiciones de trabajo y retribución que le es contraprestación, responde a dichas prevenciones normativas (...). De entenderse de otra forma sería negar valor a la norma que, al igual que ocurre en aquella que se contiene en cualquier Texto (incluidos los Convenios Colectivos) vetan la posibilidad de espiguar en su articulado para exigir lo que beneficia y excluir lo que perjudicial” (STSJ de Andalucía/Granada, de 27/01 y 24/02, ambas de 2010, AS 2011/341 y 35, respectivamente).

Segunda, también se argumenta, en algunos casos, que no existió cambio de jornada respecto a la que los trabajadores tenían antes (con su contrato temporal), ya que se considera que como consecuencia de la nueva normativa, a partir del correspondiente contrato indefinido entre las partes al que la Ley obligaba, lo que surgió fue una nueva relación laboral, distinta a la anterior, y no una novación modificativa de su originario contrato (a tiempo completo), la cual deberá ajustarse a lo previsto en tal normativa (por todas, STSJ de Andalucía/Granada, de 27/01/2010 (AS 2011/341).

Tercera, se añade que, en todo caso, la novación viene consentida por los propios trabajadores al mostrar su conformidad con la firma de la adenda-anexo que anualmente contiene la jornada laboral del curso escolar. Se trata de un aspecto de vital importancia, ya que “dentro de los diversos modos en que puede producirse las modificaciones de condiciones de trabajo (...) cabe siempre la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo, ya sean accidentales o sustanciales, por acuerdo individual entre trabajador y empresario, mediante la denominada novación modificativa o impropia (art. 1203. 1º, Código Civil), que obviamente ha de ser voluntaria (STSJ de Castilla La Mancha, de 09/11/2010, AS 2011/549). Y en el presente caso, concluye esta posición

judicial, se descarta “que la firma de los contratos por los actores obedeciesen a un acto de imposición unilateral de la empleadora. Ninguna tacha u óbice respecto de la libertad de su consentimiento consta (...)” (STSJ de Andalucía/Granada, de 24/02/2010, AS 2011/353), y sin que frente a ello se puedan alegar los escritos o reclamaciones planteados, pues lo cierto es que no se hicieron constar en la propia acta y en todo caso no pasan de ser preconstitución por los trabajadores de un documento elaborado enteramente por ellos (STSJ de Castilla La Mancha, de 09/11/2010, AS 2011/549).

3. CRITERIO DE LA SENTENCIA DE SUPPLICACIÓN

La sentencia que estamos comentando desestima las pretensiones de fondo y forma de la Administración educativa recurrente. En primer lugar, y respecto a las excepciones de forma, se reitera la desestimación de la nulidad de las actuaciones de la instancia por inadecuación del procedimiento que alega de nuevo en suplicación la recurrente, quien así lo considera porque la demanda se interpuso conforme al procedimiento especial del art. 138 LPL en lugar del ordinario. La sentencia así lo justifica porque, pese a lo que expresamente afirma el fallo de la sentencia de instancia, lo cierto es que en la misma lo que realmente se hizo fue, siguiendo al jurisprudencia al respecto, reconducir el pleito al proceso ordinario por ser el adecuado –ya que la modificación sustancial que se impugna no se adoptó conforme al procedimiento del art. 41 LET-.

De hecho, que así acontece se extrae de que el órgano de suplicación admite el recurso, hecho que no sería posible de tratarse de un supuesto de modificación sustancial *ex* art. 41 LET impugnado conforme al procedimiento del art. 138 LPL, que niega la posibilidad de hacerlo (*vid.* STS de 20/10/2009, RJ 2009/7609, que anula decisión contraria adoptada por STSJ de Andalucía/Granada, de 16/06/2008, JUR 2009/32072, que desestimaba el recurso en un supuesto similar al que tratamos por haberse planteado frente a la decisión del juez de instancia en una demanda planteada conforme al art. 138 LPL, pese a que la modificación sustancial no siguió el cauce del art. 41 LET).

Añade la sentencia analizada en este comentario que el juez de instancia, al actuar así lo hizo conforme a Derecho, por cuanto que con ello no se causó indefensión a ninguna de las partes (que sí justificaría la nulidad), ya que a la recurrente no se le impidió o minoró con esa decisión su posibilidad de acreditar o alegar los hechos constitutivos de su derecho, ni oponerse a las alegaciones de la contraparte, y ello no sólo porque en el caso concreto la Administración tenía conocimiento suficiente (en contenido y tiempo) de las alegaciones de los trabajadores (a través de la reclamación previa que previamente tuvieron que interponer los trabajadores); sino sobre todo, porque lo que ahora se debate es “una cuestión jurídica, es decir, las facultades de la Junta

de Andalucía para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo de los profesores de religión”, y en particular si es factible legalmente a través de norma reglamentaria, Real Decreto 696/2007 de 1 de junio que regula la relación laboral de estos profesores, que pueda acordarse la reducción unilateral de la jornada que ha venido prestándose, con la consiguiente reducción retributiva (reiterando lo ya planteado en la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 27 de enero de 2009 -JUR 2009/156845-; y que se mantiene también en las posteriores SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 16/03/2011, JUR 2011\190527).

Entrando pues en el fondo del asunto, el Tribunal sitúa el problema dentro la cuestión sobre los márgenes o límites del poder empresarial para modificar los términos de la relación laboral inicialmente pactada. Y para dar respuesta al mismo, como no podía ser de otro modo, procede en primer lugar a determinar el marco jurídico en el que en este caso opera dicho poder, recordando que, respecto a la situación de los profesores de religión católica, “con arreglo a la nueva normativa, no podemos ya seguir admitiendo que nos encontremos ante una relación laboral de carácter especial, caracterizada por desarrollarse al margen del Estatuto de los Trabajadores y de la normativa laboral común, pues ni la Ley Orgánica de Educación, ni el Real Decreto 696/2007 que la desarrolla le atribuyen la cualidad de especial ni la someten a normas diferentes a las comunes, sino todo lo contrario”.

Situada así la cuestión, continua razonando, de tales normas no cabe sino concluir que “la relación laboral se considera de naturaleza común, no especial, y que la contratación, incluidas las normas relativas a la modificación de las condiciones de trabajo, se ha de hacer de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, no existiendo ningún precepto que excluya a este colectivo de la aplicación de alguna de las disposiciones del Estatuto”. O como explica en otro pronunciamiento posterior (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16/03/2011 -JUR 2011\190527), si bien del tenor literal de la norma reglamentaria mencionada (particularmente de los arts. 2 y 4 RD 696/2007) se desprende la posibilidad de modificación del contrato de trabajo de los profesores de religión por razón de las horas que sean necesarias, en cada curso escolar, para impartir la asignatura de religión, “en absoluto ello significa que tal modificación haya de efectuarse extramuros del (...) Estatuto de los Trabajadores (...)”, pues en todo caso, lo que hace la norma reglamentaria sería simplemente determinar la causa que justifica esa modificación (“cuando lo requieran las necesidades de los centros públicos” y “por razón de la planificación educativa”).

Añade además la sentencia comentada que frente a la afirmación de la Administración recurrente de que debido a la aplicación de la nueva normativa, tras la firma de los contratos (indefinidos) a que obligaba la misma las partes iniciaron una relación laboral nueva y distinta de la anterior (que era a tiempo completo); lo que realmente se produjo de forma automática a consecuencia

de esa nueva normativa fue simplemente una novación modificativa, es decir, un mero cambio en la vigencia del contrato que ya mantenían las partes (de temporal -vinculada al curso escolar, que preveía la Ley 50/1998- a indefinida), “es decir, sin constituir una nueva relación laboral diferente a la que venían disfrutando -salvo por su carácter de indefinida- (...)”, y por tanto “con la misma jornada completa que tenían, con los derechos y deberes inherentes a tal condición, entre los que destaca -por no estar expresamente excluido- el derecho a que las modificaciones sustanciales de su relación laboral (...)” se realice conforme a lo previsto en la norma estatutaria (en estos casos, arts. 12.4, e y 41 LET); y sin perjuicio, como se indicaba en el párrafo anterior, de que el art. 4.2 RD 696/2007 aclare y precise la causa que justifica ese cambio.

Y en esta lógica da respuesta a la doble afirmación de la Consejería recurrente de que “al haber intervenido en la planificación del curso escolar los sindicatos más representativos, está autorizada para modificar la jornada de los profesores de religión sin necesidad de seguir los trámites del (...) Estatuto”, y -aunque de manera superficial-, a que con la suscripción de la adenda-anexo a sus contratos de trabajo originarios, los trabajadores aceptaron voluntariamente la modificación impuesta y, en general, un nuevo régimen de modificación por decisión empresarial basada en las señaladas necesidades derivadas de la planificación. Ciertamente, señala el Tribunal que la imposición de una jornada menor a la pactada en el contrato de trabajo es según el caso, una renuncia de derechos por parte del trabajador relacionados con el art. 41 LET (“sin que sea óbice las dificultades técnicas para acordar la reducción de jornada en los sucesivos años, ya que desde el mes de junio se tiene conocimiento de las previsiones de matriculación para el curso posterior”), o bien una imposición abusiva por parte del empresario, “pues si partimos de la existencia de una relación laboral indefinida a tiempo completo, su conversión a tiempo parcial solo puede verificarse de forma voluntaria y de mutuo acuerdo, no por imposición unilateral” (art. 12.4,e LET).

4. COMENTARIO

Como adelantábamos, la sentencia que comentamos forma parte de una cadena de resoluciones dictadas por el TSJ de Andalucía, si bien la solución al caso difiere según que lo resuelva la sede de Granada o, como en nuestro supuesto, la de Sevilla. Este aspecto, unido a que también los TSJ de otras comunidades están también resolviendo de forma diversa según el territorio, hace que esta cuestión esté pendiente de una solución futura por parte del TS, que dé una respuesta unificada a esta cuestión, porque mientras, como comprobamos, todos los años (cursos escolares) sigue planteándose el mismo problema (incluso con posterioridad a la sentencia que comentamos, *v.gr.*, SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 16/03 y de 06/04, ambas de 2011 -JUR 2011\190527 y

209276, respectivamente), sin que la Administración tenga que atenerse definitivamente a una solución.

En todo caso, compartimos la solución que viene manteniendo la sede sevillana del TSJ de Andalucía, y por tanto que la Administración no puede proceder a decidir unilateralmente ninguna modificación en los términos que se plantean en el caso comentado. Y es que el reconocimiento del carácter laboral de la relación que une a las partes (profesores de religión-Administración), si bien supone admitir la existencia de una desigual posición jurídica ente las partes que faculta al empresario a ejercer una posición de mando sobre sus trabajadores (que quedan subordinados/dependientes o insertos en el círculo rector de su empresario); implica del mismo modo imponer límites en tal ejercicio al objeto de salvaguardar aquellos intereses o derechos que el ordenamiento jurídico estima dignos de tutela. O dicho de otro modo, que la legitimidad de tales poderes empresariales en la relación laboral –y por tanto, su capacidad para imponerse-, dependen de su ajuste a las normas que lo ordenan (arts. 5,c y 20.2 LET). Y en este sentido, junto a la posibilidad de determinar o especificar la prestación pactada (contenido, lugar y tiempo), al poder de dirección le compete el *ius variandi*, esto es, la posibilidad de introducir modificaciones en la misma, al objeto de que la misma responda a los fines que justificaron su constitución y, como venimos señalando, siempre que se haga dentro de los márgenes (sustantivos y procedimentales) que a tal efecto fijen las normas (MONTROYA MELGAR, 2011, págs. 134 y sgs.). Obviamente, tales límites serán mayores cuanto mayor sea la intensidad de la modificación, hasta el punto de que en algunos casos no será posible si no cuenta con el consentimiento del afectado o de quienes estarían legitimados para ello (*v.gr.*, representantes de los trabajadores), pero en todo caso, como decimos, serán las normas que regulan la concreta relación laboral las que delimiten adecuadamente tanto la extensión como los límites a dicho poder empresarial.

En el caso que nos ocupa es claro que la relación que une a las partes es de carácter laboral, y en concreto, de naturaleza común, no especial, como también parecen concluir todas las resoluciones al respecto. Por tanto, la cuestión a resolver es exclusivamente determinar si “es factible legalmente a través de norma reglamentaria, Real Decreto, que pueda acordarse la reducción unilateral de la jornada que ha venido prestándose, con la consiguiente reducción retributiva, o por el contrario y en atención al régimen de contratación laboral que ostentan los profesores de religión, ratificado por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación 2/06, de 3 de mayo, la normativa a ellos aplicable es básicamente y en primer lugar la del Estatuto de los Trabajadores” (STSJ de Andalucía, de 27/01/2009, JUR 2009\156845)

En nuestra opinión la solución a la situación de los profesores de religión católica en centros escolares, al igual que plantea la sentencia comentada, es

esta última ya que no encontramos “ningún precepto que excluya a este colectivo de la aplicación de alguna de las disposiciones del Estatuto” (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 15 de marzo de 2011, AS 2011/1739). Es más, una interpretación del RD 696/2007 que concluyese que el art. 4 del mismo habilita a excepcionar el régimen estatutario común “sería contraria al principio de jerarquía normativa pues la Ley Orgánica 2/2006 específicamente se remite -sin exclusión ni excepción alguna- a dicha norma legal” (STSJ de Aragón, de 22/12/2010, AS 2011/167).

En definitiva no cabe sino concluir, que la contratación, incluidas las normas relativas a la modificación de las condiciones de trabajo, se ha de hacer de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores. Consecuentemente, las posibilidades que tiene la Administración empleadora para minorar la jornada de los profesores de religión deben distinguir al menos tres supuestos: *Uno*, aquellos en los que el trabajador afectado tuviera suscrito originariamente ya un contrato a tiempo parcial y lo que se pretendiera fuera simplemente reducir (aún más) la jornada, que exigiría acudir al art. 41 LET. *Dos*, aquellos en los que tal contrato inicial sea a tiempo completo y la medida modificativa implique el carácter a tiempo parcial del mismo, en cuyo caso ni siquiera cabe su imposición unilateral *ex art.* 41 LET, sino que deberá ajustarse a lo previsto en el art. 12.4, e LET. Y *tres*, aunque también condicionará la respuesta a los anteriores, por acuerdo individual entre trabajador y empresario, mediante la denominada novación modificativa o impropia (art. 1203.1º Código Civil), que obviamente ha de ser voluntaria (STSJ de Castilla La Mancha, de 09/11/2010, AS 2011/549).

En el conjunto de casos resueltos hasta ahora encontramos respuestas a todos ellos, lo que utilizaremos para completar lo que la sentencia comentada ya nos ofrece. Así, sobre este último supuesto, debe traerse también a colación las adendas-anexos a los contratos de trabajo originales firmados por los trabajadores al iniciarse cada curso escolar, ya que la repercusión de tal suscripción (al objeto de entender que concurre el consentimiento del trabajador) debe tener en cuenta al menos los siguientes aspectos:

Por un lado, recordar que todos los afectados hicieron constar su oposición a la medida unilateral, sin que sea admisible negarle cualquier valor, como señalan sentencias que estimaron la pretensión de la Administración. Ciertamente, para resolver esta cuestión no cabe desconocer que el contrato de trabajo, por las razones expuestas sobre la desigualdad de las partes, es, salvo contadas excepciones, un contrato de adhesión, “respecto del cual el trabajador, más que contraofertar o negociar, lo que puede hacer es aceptar o no aceptar en bloque” (MONTROYA MELGAR), de ahí que, si bien no le es aplicable las típicas garantías legales que suelen preverse en el marco legal tutelador de los contratantes débiles (*v.gr.*, consumidores), no menos cierto es que en la

interpretación de la voluntad contractual de las partes debiera tenerse en cuenta “la diferente posición del empresario proponente y el trabajador adherente” (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER).

Lo dicho, aplicado al caso que estamos tratando, debería llevar a tener en cuenta los actos anteriores, coetáneos y posteriores de las partes, al objeto de concluir que el consentimiento del cambio deriva de actos concluyentes e inequívocos; y en este caso, de las actuaciones de los trabajadores (reclamaciones administrativas, escritos de oposición, etc.) “resulta manifiesto que la suscripción del (*anexo-adenda*) no representó una novación voluntaria y de mutuo acuerdo, sino que constituyó una conducta que reflejó una imposición abusiva por parte del empresario, así como una renuncia de derechos por parte del trabajador” (particularmente, art. 41 LET y art. 12 LET –*vid* también STS, de 07/11/2008, RJ 2009/384, sobre cláusulas tipo que permiten al empresario modificar unilateralmente las condiciones laborales prescindiendo del procedimiento del art. 41 LET). Es más, querer extraer de tal adenda una aceptación tácita del trabajador de que la manera de determinar en cada curso la jornada (incluso el tipo de contrato) sea un mera decisión unilateral de la Administración, vulneraría “la norma de derecho común que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos (art. 1256 del Código Civil)” en este caso, lo relativo a la reducción (o ampliación) de la jornada laboral (STS de 07/11/2008, RJ 2009/384).

Y *por otro lado*, sostener la licitud de la conversión del contrato a tiempo completo en tiempo parcial alegando que fue una novación modificativa expresamente aceptada por los trabajadores con la suscripción de dicha adenda-anexo, olvida que en estos casos, como veremos, “(...) no se estaba novando, es decir, aceptando la conversión de una relación laboral indefinida a jornada completa, pacífica entre las partes, en una relación laboral indefinida a jornada parcial, sino que se estaba suscribiendo lo que pretendía el empresario ser un nuevo e inicial contrato indefinido a tiempo parcial y esto, obviamente, no es una conversión del contrato mutuamente aceptada sino una conversión unilateral impuesta que, como tal, es nula, al estar expresamente prohibida por el Estatuto de los Trabajadores” (STSJ de Andalucía de 06/10/2009; AS 2009/2900).

Retomando las posibilidades que el ordenamiento ofrece al empleador para modificar la jornada del trabajador, respecto del primero de los supuestos que antes mencionábamos (trabajador a tiempo parcial que ve aun más reducida su jornada). Recordamos, como hace la sentencia objeto de este comentario, que la misma se admite, si bien bajo el procedimiento (causalidad, formalidades, etc.) previsto en el referido precepto estatutario (art. 41 LET o el convencional que lo sustituya -incluso a través de un simple pacto de empresa, por todas, STS de 05/06/2002, RJ 2002/6922), y sin que la mera participación

de los sindicatos más representativos en la actividad previa (la que determina las necesidades de la planificación) pueda considerar que cubre este requisito, pues como puede advertirse, una y otra operan en ámbitos distintos.

Por último, en relación al segundo de los supuestos (conversión de tiempo completo a tiempo parcial), reiteramos, ni siquiera es posible vía art. 41 LET, “pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador” para la suscripción de ese nuevo contrato (STSJ de Andalucía/Sevilla, de 16/03/2011, cit.). “Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo] e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial” (STS 14/05/2007, RJ 5084).

La razón, a nuestro modo de ver, es que en el primer y en el segundo supuesto que estamos planteando la decisión empresarial opera en diferentes ámbitos. En efecto, como sostiene la jurisprudencia (por todas, STS de 14/05/2007, RJ 2007/5094), “la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial no constituye en realidad una mera novación modificativa del contenido de la prestación laboral, sino una novación extintiva; un cambio, en suma, en la modalidad contractual, que excede de los parámetros de las facultades unilaterales que reconoce el art.41 ET y que requiere en consecuencia la concurrencia de la voluntad de ambas partes para que se produzca la novación extintiva”. En definitiva, mientras que en el primero de los supuestos el cambio opera internamente, dentro de los márgenes del contrato (y por tanto al trabajador que como consecuencia de su contrato ya se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa –esto es, en la relación laboral que nace del contrato–), de manera que en estos casos simplemente estamos ante “una alteración del contenido de la prestación laboral inicialmente pactada, pues la relación laboral originaria permanece viva, aunque modificada” (MIRANZO DÍEZ); en el segundo (*conversión*) se afecta al propio contrato (previo por tanto a la constitución de la relación laboral y los efectos que de ella derivan para ambos contratantes), y por tanto, al trabajador en cuanto parte contratante, de manera que sería imprescindible que éste prestara su consentimiento voluntariamente para que exista contrato (arts. 1261 y sgs. C.Civ.) y surja así la relación laboral y los efectos *ad intra* que de ella derivan, en particular, los poderes empresariales en el desarrollo de dicha relación laboral (ALONSO GARCÍA).

“La afirmación precedente nos lleva a concluir que la medida acordada (...), minorando la jornada anual de trabajo, no solamente vulneró la específica previsión legal en términos que obstan la eficacia de su decisión, sino que ni

tan siquiera dio lugar a la injustificada novación extintiva del vínculo previo y constitución [censurable, por la forma en se produjo] de contrato a tiempo parcial, siendo así que no concurrían sus imprescindibles presupuestos y muy particularmente la voluntad del trabajador” (STS 14/05/2007, RJ 5084). Tan es así, que el trabajador podría haber hecho uso de su *ius resistentiae* en casos como los que estamos planteando y negarse a cumplir la orden de cambio de jornada, manteniéndose en su puesto de trabajo (incluso mediante su oposición física a ese cambio), sin que pudiera despedirse lícitamente al trabajador por tal negativa ni por las consecuencias que implique (v.gr., por implicar efectos para la empresa respecto de terceros con los que mantiene relaciones comerciales); y ello tanto si la conversión actúa en uno u otro sentido, esto es, de tiempo completo a tiempo parcial o viceversa (por todas, STSJ de Andalucía de 30/09/2010 -JUR 2010\416936-, y ATS, de 18/12/2007 -JUR 2008\97863-, respectivamente).

5. REFERENCIAS

- ALONSO GARCÍA, M., La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo; Bosch, 1958, especialmente, págs. 110 y sgs.
- MIRANZO DÍEZ, J.J., “Reducción de jornada en el contrato a tiempo parcial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y vías procesales para recurrir”, AS 33/2009 (BIB 2009/866).
- MONTOYA MELGAR, A. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales” en AA.VV. (SÁNCHEZ TRIGUEROS/GONZÁLEZ DÍAZ, Dirs.) Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales; Aranzadi-Thomson Reuters, 2011 –texto inicialmente incluido en AA.VV. (PÉREZ DE LOS COBOS, Dir.), Libertad de empresa y relaciones laborales en España; IEE, 2005, especialmente, págs. 168 y sgs.-
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación del trabajo”; RL 18/2000, especialmente, pág. 53.

ACERCA DE LA INCIDENCIA DE LA PRESCRIPCIÓN Y DEL APLAZAMIENTO EN EL PAGO DE CUOTAS SOBRE EL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE DE SU PAGO

Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 11 de julio de 2011

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ Y JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA*

SUPUESTO DE HECHO: En la sentencia de 10 de marzo, el trabajador-demandante solicitó una pensión de jubilación del RETA que le fue reconocida el 2/08/06 considerando que, al tener en ese momento concedido un aplazamiento por falta de ingreso de cuotas en dicho Régimen, estaba al corriente del pago de las mismas a la Seguridad Social. Sin embargo, el 31/01/08 la TGSS comunicó al INSS que, con efectos desde el 30/01/2008, había procedido a la anulación del aplazamiento que tenía reconocido el trabajador por incumplimiento de los plazos acordados en el mismo, lo que determinó la suspensión del abono de la pensión que venía percibiendo al dejar de ser considerado al corriente en el pago de sus cuotas sociales. Acreditado por INSS que el demandante había saldado su deuda con la TGSS por el aplazamiento en el pago de cuotas que tenía concedido, se procedió a rehabilitarle la pensión con efectos de 1/10/08. Pero no conforme el actor, al entender que los efectos deben ser desde el 1/02/08, presentó reclamación previa ante el Ente Gestor que fue expresamente desestimada mediante resolución del mismo.

En la sentencia de 11 de julio, el trabajador al cumplir 65 años, solicita la prestación de jubilación, la cual es denegada con fecha 24 de febrero de 2004, por no encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, no obstante, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 52/2003, se le comunica que si ingresa las cuotas correspondientes en el plazo de 30 días naturales a partir de la recepción de esa notificación y presentando los justificantes de pago, se procederá al reconocimiento de la prestación con los efectos económicos que correspondan. El trabajador interpone reclamación previa, la cual es desestimada y disconforme con la misma presenta demanda judicial

* Profesora sustituta interina y Profesor Titular de E. U. del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

que también es desestimada, sin que en ese periodo ingrese las cuotas debidas. En mayo de 2009, por resolución administrativa de la Tesorería se declara que el expediente ejecutivo ha prescrito. En esa misma fecha, mayo de 2009, el trabajador solicita de nuevo pensión de jubilación

RESUMEN: En la sentencia de 10 de marzo, el Tribunal Supremo (TS) desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, y declara que lo que determina el incumplimiento de los términos del aplazamiento es que a partir de ese momento ya no se esté al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social –además de la reanudación del procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías *ex art. 36 del Reglamento General de Recaudación-*, pero no que se deje de estar al corriente cuando se causó la prestación y cuando regía el aplazamiento con la consiguiente pérdida de la prestación reconocida.

En la sentencia de 11 de julio, el TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el actor –trabajador por cuenta propia solicitante de una pensión de jubilación-, porque la invitación para el ingreso de cuotas adeudadas no queda perjudicada por una eventual prescripción de las cuotas, si esta prescripción es posterior al hecho causante de la prestación solicitada, y ello en atención a que el citado requisito queda fijado en sus efectos sobre la prestación, en la fecha del hecho causante de aquella, sin que el mero transcurso del tiempo pueda exonerar del cumplimiento de esta exigencia, pues entonces bastaría con retrasar el pago para eliminar la exigencia legal de regularización.

ÍNDICE

1. RECORRIDO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE DEL PAGO DE CUOTAS
2. LOS EFECTOS DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DE LAS CUOTAS DEBIDAS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE ESTAR A CORRIENTE
3. LA INCIDENCIA DEL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN ANTERIOR O POSTERIOR AL HECHO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN SOLICITADA

1. RECORRIDO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL REQUISITO DE ESTAR AL CORRIENTE DEL PAGO DE CUOTAS

Dentro del nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social, el acceso a determinadas prestaciones por parte de los trabajadores responsables del ingreso de sus propias cotizaciones, ha estado tradicionalmente condicionado, además de al cumplimiento de los requisitos generales de afiliación, alta o

situación asimilada y de los particulares de cada contingencia, a la exigencia –también general-, de estar al corriente en el pago de sus cuotas a la Seguridad Social en el momento del hecho causante de la prestación solicitada.

De manera que para todos estos trabajadores, la existencia de descubiertos en sus cotizaciones ha constituido en términos generales una causa impositiva del acceso a las prestaciones contributivas, trasladándose de esta forma hacia ellos, en cuanto a sujetos obligados al pago de las cuotas correspondientes al ejercicio de su actividad, la responsabilidad que en el ámbito prestacional genera el incumplimiento de la obligación de cotizar¹.

Este ha sido el caso de los trabajadores por cuenta propia pertenecientes al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)², al Régimen Especial de Trabajadores del Mar (RETM)³ o al Régimen Especial Agrario (REA) –incluidos en este último caso de los trabajadores por cuenta ajena⁴-, con respecto a los que esta exigencia ha imperado desde la configuración inicial de sus respectivos regímenes. Pero también de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados de Hogar que, al igual que los anteriores, ostentaran la condición de sujetos obligados y responsables del pago de sus cuotas a la Seguridad Social⁵.

Ahora bien, el inconveniente radicaba en la distinta regulación que en cada uno de estos regímenes especiales recibía el requisito de hallarse al corriente

¹ Sobre este particular supuesto de desplazamiento de la responsabilidad en materia de prestaciones por incumplimiento de la obligación de cotizar, en comparación con el establecido para el Régimen General, *vid.* Desdentado Bonete, A. y Tejerina Alonso, J. I.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 212- 213.

² Art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto (por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos).

³ Art. 22. 1 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto (por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar).

⁴ Art. 5.3 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio (por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social). Téngase en cuenta que, en la actualidad, todos los preceptos de este Decreto referidos a los trabajadores por cuenta propia se encuentran derogados por la Ley 18/2007, de 4 de julio (por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos).

⁵ Art. 23.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre (por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico). Repárese también aquí que Disposición Adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social) ha dispuesto la integración de este Régimen Especial en el Régimen General de la Seguridad Social con efectos de 1 de enero de 2012, mediante el establecimiento de un Sistema especial. Por lo que esta norma deberá considerarse sin efecto a partir de esa fecha.

del pago de las cotizaciones a los efectos de causar derecho a las prestaciones⁶. Por lo que con el fin de corregir este tratamiento desigual⁷, y al tiempo clarificar algunos de los problemas interpretativos generados en torno al mismo, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre –de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social - procedió a unificar el régimen jurídico aplicable a este condicionante general de acceso a las prestaciones mediante la introducción de la actualmente vigente Disposición Adicional trigésimo novena del TRLGSS.

Así es que, con carácter común para todos los trabajadores responsables del ingreso de sus cotizaciones sociales (ya sean autónomos o por cuenta ajena y ya estén incluidos en los regímenes especiales o en el régimen general, como es el caso este último de los representantes de comercio⁸), la citada disposición legal establece que será requisito indispensable para tener derecho a las prestaciones económicas de Seguridad Social (incluyéndose por tanto las pensiones, subsidios o prestaciones a tanto alzado con independencia de su origen común o profesional), que el causante o beneficiario de las mismas se encuentre al corriente en el pago de las cuotas exigibles en el momento del hecho causante.

A lo que añade además el precepto –invalidando la doctrina judicial que existía hasta ese momento- que, por un lado, este requisito será aplicable aun cuando como consecuencia de las reglas sobre cómputo recíproco de cotizaciones, la prestación deba ser reconocida en un régimen de trabajadores por cuenta ajena; es decir, en un régimen en el que no se contemple esta exigencia⁹. Y por otro lado, que si el interesado no está al corriente del pago de sus cuotas, pero sí tiene cubierto el periodo carencial que en su caso se precise para devenir prestación solicitada, le será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas debidas en los términos previstos para el RETA en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; siendo también indiferente a los

⁶ Sobre la exigencia de este requisito en los distintos regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia y sus particularidades regulativas *vid.* Cervilla Garzón, M. J.: *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el Sistema Español de Seguridad Social*, Monografías de Temas Laborales, Mergablum, Sevilla, 2005, págs. 365- 396.

⁷ A este respecto interesa reconciliar que el TS declaró, en varios de sus pronunciamientos, que la diferente regulación contenida en el REA y en RETA sobre requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones era contraria al principio general de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución Española. Así en sus Sentencias de 31 de mayo de 2004, de 18 de enero y 26 de abril de 2005, o de 16 de febrero de 2006.

⁸ Art. 31.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

⁹ Antes de la entrada en vigor la Disposición Adicional trigésimo novena de la LGSS, el TS consideró que el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas no podía ser exigido al trabajador autónomo cuya prestación debiera ser reconocida, por aplicación de las reglas que regulan el cómputo recíproco de cuotas, en un régimen en el que no se condicionara ese reconocimiento al cumplimiento de dicha exigencia. En este sentido las SSTS de 25 y 29 de noviembre de 1997.

efectos de aplicar este mecanismo, por el que se flexibiliza el rigor del requisito de estar al corriente, el régimen de Seguridad Social en el que el interesado deba cuasar la prestación o en el que se encuentre incorporado en el momento de acceder a ella¹⁰.

Pese a todo, han sido varias las controversias que han seguido surgiendo en orden a la analizada exigencia, destacando, entre las más recientes, la concerniente a los efectos que sobre su cumplimiento tiene la concesión de un aplazamiento en el pago de las cotizaciones atrasadas y adeudadas, o la relacionada con la incidencia del instituto de la prescripción sobre el requisito de estar al corriente.

2. LOS EFECTOS DEL APLAZAMIENTO DEL PAGO DE LAS CUOTAS DEBIDAS SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA DE ESTAR A CORRIENTE

Por lo que respecta al aplazamiento, y partiendo de los efectos que les son propios *ex art.* 31.3 del Reglamento General de Recaudación¹¹, la doctrina unificada del TS ha venido entendiendo que si éste ha sido solicitado y obtenido por el trabajador antes de la fecha del hecho causante de una prestación, entonces será considerado al corriente de sus cuotas para causar derecho a la prestación (sin que la demora en el reconocimiento del aplazamiento por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social pueda perjudicarle a estos efectos¹²). Mientras que en el caso contrario de que el aplazamiento fuera solicitado y concedido después de causarse la prestación, no se entenderá cumplido el requisito de hallarse al corriente del pago a los efectos del lucrar la prestación, por lo que si el interesado quiere acceder a la misma, deberá de atender a la

¹⁰ Entre otras consecuencias, la inclusión expresa del «mecanismo de la invitación al pago de las cuotas no satisfechas» en la mencionada disposición legal, supuso entender que su aplicación quedaba extendida a todas las prestaciones económicas, y entre ellas al subsidio por incapacidad temporal que se causara en el RETA (En este sentido las SSTS de 10 de febrero y 22 de abril de 2009). Por lo que quedó sin efecto la doctrina judicial anterior que consideraba que, era inaplicable a este subsidio, la moderación de la exigencia de hallarse al corriente de las cotizaciones a través de la invitación al pago prevista en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970 (SSTS de 18 y 30 de noviembre de 2004, y de 24 de enero y 23 de mayo de 2006).

¹¹ Según el art. 31.3 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, «la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella».

¹² STSJ de Islas Canarias, núm. 1396/2007, de 28 septiembre.

invitación al pago que le formule la Entidad Gestora en base a lo establecido en el art. 28.2 del DRETA¹³.

Incluso ahondando aún más en la cuestión, el TS ha llegado a declarar en su reciente Sentencia de 10 de marzo de 2011, que el incumplimiento posterior de los términos de un aplazamiento no puede provocar la suspensión o extinción de la prestación que hubiera sido reconocida cuando dicho aplazamiento regía (como situación equiparable a la de hallarse al corriente de las cotizaciones), pues lo que a lo sumo determinará ese incumplimiento es que a partir del mismo ya no se esté al corriente en el pago de las procedimiento de apremio y la ejecución de las garantías conforme a lo dispuesto en el art. 36 del Reglamento General de Recaudación.

Sin embargo, esta última interpretación del TS sobre la nula transcendencia del incumplimiento del aplazamiento en la prestación reconocida ha sido expresamente corregida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto –sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social-. Y ello por cuanto que, a través de su Disposición Final 7ª. Seis, añade un nuevo párrafo (el tercero) a la Disposición Adicional trigésimo novena de la LGSS cuya entrada en vigor se prevé para el 1 de enero del 2013.

De forma tal que, a partir de esa fecha, el incumplimiento de los términos y condiciones de un aplazamiento en el pago de las cuotas pendientes no sólo afectará al devengo de prestaciones futuras, sino que también causará efectos retroactivos sobre las posibles prestaciones que se hubieran reconocidas al amparo del mismo. Concretamente dispone el nuevo precepto que, en este supuesto de incumplimiento, se perderá la consideración de hallarse al corriente en el pago y se procederá, en consecuencia, a la suspensión inmediata –que no a la extinción- de la prestación reconocida que se estuviera percibiendo, no pudiendo ser rehabilitada en tanto no se salde en su totalidad la deuda con la Seguridad Social. Para lo que Entidad Gestora de la prestación podrá detraer de cada mensualidad devengada por el interesado la correspondiente cuota adeudada, de conformidad con lo establecido en el art. 40.1 b) de la LGSS¹⁴.

¹³ Así en la STS de 22 de septiembre de 2009, en la que se reitera el criterio ya establecido por otras sentencias anteriores, como son las de 15 de junio, 4 y 7 de mayo de 2004, o las de 26 de junio de 2003 y 12 de julio de 2002.

¹⁴ En términos generales establece este precepto que, cuando el beneficiario de una prestación contraiga obligaciones dentro de la Seguridad Social, ésta podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento.

3. LA INCIDENCIA DEL INSTITUTO DE LA PRESCRIPCIÓN ANTERIOR O POSTERIOR AL HECHO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN SOLICITADA

La cuestión nuclear que conoce y resuelve (entendemos que acertadamente) la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2011, es si procede o no el reconocimiento de la pensión de jubilación a un trabajador incluido en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia, para la que reúne los requisitos particulares de la misma, pero no se halla al corriente del pago de cuotas, alegando el actor que las deudas por cuotas aún reconociéndolas debidas estaban prescritas en el momento de la solicitud de la prestación, a lo que se opone la entidad gestora argumentando que la prescripción no opera en el marco de la relación de protección, es decir, aún reconociéndose que no se puede exigir al deudor el pago de las cuotas ya prescritas, de ello no se deriva que pueda entenderse que se haya cumplido la obligación de estar al corriente en el pago de cuotas.

Pero para entender correctamente la controversia, hay que precisar que nos encontramos ante una prescripción de cuotas posterior al hecho causante de la pensión: en efecto, el actor solicitó en el año 2007, al cumplir la edad de jubilación, la correspondiente pensión de jubilación, que le fue denegada por el INSS por no hallarse al corriente del pago de las cuotas y no abonar de forma completa las cuotas en ese momento adeudadas a la Seguridad Social, denegación que fue confirmada en primera instancia, si bien en 2009, y éste es el elemento diferenciador, el actor volvió a solicitar la prestación alegando que las deudas por cuotas ya estaban prescritas en ese momento.

Por tanto, la cuestión es determinar los efectos de la institución de la prescripción sobre el requisito de estar al corriente del pago de cuotas, diferenciándose dos situaciones distintas con efectos diferentes: si la prescripción es anterior o posterior al hecho causante de la prestación solicitada.

En efecto, la prescripción de las cuotas con posterioridad al hecho causante no va a afectar a su exigibilidad para determinar si el causante estaba al corriente de pago, pero tal exigencia sí podrá dispensarse cuando tal prescripción ya se ha producido en la fecha del hecho causante; es decir, que tiene relevancia y produce efectos la prescripción anterior al hecho causante y no si se produce después, y es que como razona la sentencia aquí comentada, hay que estar “a las exigencias aplicables en el momento del hecho causante, de forma que para causar derecho a la pensión habrá que abonar las cuotas debidas y no prescritas en ese momento, sin que el mero transcurso del tiempo pueda exonerar del cumplimiento de esta exigencia mediante la prescripción de las cuotas adeudadas”, añadiendo como argumento de peso, que si tuviera efecto la prescripción posterior al hecho causante de la prestación solicitada

“entonces bastaría con retrasar el pago para eliminar la exigencia legal de regularización”.

Debe recordarse que la fecha del hecho causante es la fecha clave para la exigencia de los requisitos generales y de éste requisito en particular, así por ejemplo se considera cumplido el mismo cuando el solicitante, en el momento del hecho causante de la prestación –y no en otro momento posterior- tiene concedido el aplazamiento del pago de las cuotas debidas (STS 15 de junio de 2004).

Ésta conclusión, además de una lógica indudable, se deduce al realizar una interpretación gramatical y teleológica del artículo. 28.2 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que establece “que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación”.

Para finalizar, añade el alto tribunal, que lo que realiza el actor en el 2009 es una nueva solicitud (que se hace con el objeto de eludir el pago) pero no nos encontramos ante un nuevo hecho causante, si bien la respuesta podía ser diferente en el caso en el que el trabajador, después de la primera solicitud –en el 2004- hubiera realizado actividades que hubieran supuesto la inclusión –y la cotización correspondiente- en un régimen del sistema, por lo que sí nos encontraríamos ante nuevo hecho causante, y por tanto la posibilidad de un nuevo reconocimiento de la prestación al ya estar prescritas las cuotas debidas.

LA UTILIZACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LOS TRABAJOS TEMPORALES DE COLABORACIÓN SOCIAL

Sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de mayo y 24 de noviembre de 2011

JOSÉ L. LÁZARO SÁNCHEZ^{15*}

SUPUESTOS DE HECHO: En la primera de las sentencias, la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de la CCAA de Canarias celebró contrato de colaboración social con fecha de 30.10.2006 con trabajador perceptor del subsidio de desempleo para realizar funciones de apoyo a la implantación de una aplicación informática. Comunicada por parte de la Administración la finalización de la adscripción social, con efectos de 31 de Diciembre de 2008, el demandante de empleo, tras agotar la vía administrativa previa, interpuso demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, que dictó sentencia declarando improcedente el despido con los efectos propios de tal declaración. Esta sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), la cual resolverá desestimando el recurso. Recurrida de nuevo ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, éste, en sentencia de 9 de mayo de 2011, estimará el recurso, casando y anulando la sentencia anterior. En su confección, el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, encomendándose entonces la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Gonzalo Moliner Tamborero.

En la segunda de las sentencias, el Servicio Canario de Empleo celebró contrato de colaboración social, con fecha 1 de agosto de 2009, para llevar a cabo acciones de apoyo a la inserción laboral de los demandantes de empleo en el ámbito de la red de Oficinas del propio Servicio. Dicha vinculación fue prorrogada el 1 de enero de 2010, sin solución de continuidad, hasta el 30 de enero de 2010. Tras el cese, el demandante de empleo, tras agotar la vía

¹⁵ * Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

administrativa previa, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social que dictó sentencia calificando el cese como despido improcedente, con los efectos propios de tal declaración. Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, en sentencia de fecha 26 de abril de 2010, confirmará sin embargo la sentencia. El subsiguiente recurso de casación para la unificación de doctrina, se resolverá por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de casar y anular la sentencia dictada en suplicación.

RESUMEN: La Sala de lo Social del Tribunal Supremo reitera la doctrina que sobre los trabajos temporales de colaboración social venía manteniendo en sentencias anteriores. Esta jurisprudencia considera que los trabajos en el ámbito de las Administraciones Públicas llevan aparejados la nota de utilidad social y beneficio para la comunidad que la normativa exige para poder concertar una relación temporal de colaboración social. Asimismo, estima que la nota de temporalidad, que también exige la normativa, significa que esta relación tiene una duración máxima coincidente con el tiempo que les reste a los contratados por percibir las prestaciones por desempleo. No obstante, la formulación de un voto particular a la primera de estas sentencias propicia un análisis sobre la utilización que las administraciones públicas están haciendo de esta forma de contratación.

INDICE:

1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE
2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS TRABAJOS DE COLABORACION SOCIAL
3. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2011
4. CONCLUSIONES

1. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA APLICABLE

Los trabajos de colaboración social se regulan en el capítulo V del Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, y que fue reformado por el Real Decreto 1809/1986, de 28 de junio. Conforme a esta normativa dos rasgos los caracterizan, entre otros. Por un lado, la posibilidad de utilizar por las Administraciones Públicas estos trabajos de colaboración temporal viene determinada por el cumplimiento de una serie de requisitos, recogidos también en el art. 213 de la Ley General de Seguridad Social. Éstos tienen que ver con el objeto de los trabajos -que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad-, con su adecuación a las características del desempleado -que coincida con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado-, relativas a su duración -que la duración máxima del trabajo sea la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido-, y con las

condiciones de su realización -que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador-.

Como se aprecia, existe indeterminación respecto de algunos de estos requisitos, lo que a priori debe ser así en algunos casos –características del des- empleado-, pero no tanto en otros, lo sucede respecto del objeto del contrato. A diferencia con este supuesto, en la contratación de desempleados a través de determinados planes de contratación temporal se precisa el objeto del contrato al concretar las obras y servicios a realizar por aquéllos, como se puede ver en la Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de octubre de 1998, reguladora de estos programas en el ámbito de las Corporaciones Locales y entidades dependientes o vinculadas a una Administración Local. Esta diferencia, en cuanto al grado de concreción normativa se refiere, invita a pensar que en el caso que nos ocupa no se ha querido precisar con igual intensidad y, por tanto, se ha dejado un mayor margen de apreciación en lo que al objeto de la contratación se refiere. Esto puede resultar extraño atendiendo a la finalidad de la contratación que analizamos en la medida que los desempleados perceptores de prestación por desempleo están obligados a realizar los trabajos de colaboración social para los que hubieran sido seleccionados, como disponen tanto el art. 38.3 del citado RD 1445/1982, como el art. 231 de la Ley General de Seguridad Social. Consecuencia de lo cual la renuncia a participar en los mismos se tipifica dentro de las infracciones graves contenidas en el art. 25.4, b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, con la consecuencia que sobre las prestación por desempleo prevé el art. 47 de este mismo cuerpo legal.

Al margen de ello, y a pesar de su indeterminación, es evidente que el objeto de la contratación debe recaer sobre obras o servicios revestidos de utilidad social que redunden en beneficio de la comunidad, lo que parece implicar que los trabajos deben revestir ciertas características. Como se verá, éste es uno de los aspectos claves en el análisis jurídico que el Tribunal Supremo viene realizando en la materia y, sobre todo, en el voto particular que se formula a su sentencia de 9 de mayo de 2011.

Por otro lado, y como se ha visto, los sujetos llamados a realizar estos trabajos son perceptores de prestaciones por desempleo quienes mantienen el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda recibiendo de la Administración contratante un complemento en la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio, garantizándose en todo caso el 100 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. De esta forma, en el supuesto de trabajos de colaboración social no sólo desaparece la incompatibilidad general entre percepción de prestaciones por desempleo y trabajo, sino que la condición de ser beneficiario de tales prestaciones es requisito para el desarro-

llo de aquéllos. Todo ello, teniendo presente que, de conformidad con el artículo 213.3 de la Ley General de Seguridad Social, los trabajos de colaboración social no implican relación laboral, lo que determina una relación jurídica «sui generis», como la calificó la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 12 de mayo de 1987.

Al margen de estas dos características, el RD 1445/1982 prescribe otros aspectos relacionados con su tramitación, caso de la documentación que deben aportar la administración contratante en la solicitud que realicen a las oficinas de empleo. Al respecto, su art. 38 alude a la concreción del trabajo a realizar -obra, trabajo o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización y utilidad social de tales obras, trabajos o servicios-, su duración -duración prevista tanto del total de la obra, trabajo o servicio, como de la actuación de los trabajadores por especialidades y categorías- y el compromiso de abonar a los trabajadores la diferencia entre la prestación o el subsidio por desempleo y el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o el 100% del salario mínimo interprofesional, así como costear los desplazamientos que los trabajadores tuvieren que realizar.

También se dispone que son las Oficinas de Empleo quienes seleccionarán a los trabajadores desempleados necesarios para atender la referida solicitud, pudiendo determinar, en su caso, la rotación de los mismos o su sustitución en caso de colocación. Las Administraciones Públicas podrán solicitar al Servicio Público de Empleo, en su caso, la formación profesional necesaria para la adaptación de los trabajadores a las tareas que se les asignen, prestación que será siempre gratuita y prioritaria. Finalmente, una vez contratados, las Administraciones Públicas deberán ingresar en la Tesorera General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL

Los trabajos de colaboración social habían sido objeto de sentencias anteriores de la Sala Social del Tribunal Supremo, caso de las sentencias de 24 de abril de 2000, 30 de abril de 2001 o de 11 de diciembre de 2008. Con anterioridad, pueden citarse también las de 15 y 27 de julio de 1988, e incluso el análisis puede retrotraerse a sentencias del Tribunal Central del Trabajo, caso de las de 19 de febrero y 12 de mayo de 1987. Pasamos a continuación a realizar un examen conjunto de todas ellas, y de alguna más que también ha resuelto algún litigio sobre la materia, que permita extraer cuál es la jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa.

En primer lugar, y tomando como referencia los dos rasgos principales de este tipo de trabajos, cabe referirse a la consideración que hayan merecido los

trabajos que permiten a las administraciones públicas recurrir a esta modalidad de contratación. En este sentido, en la sentencia del TCT, de 12 de mayo de 1987, que examinaba, entre otras cosas, la adecuada utilización de estos trabajos por parte de un Ayuntamiento, se apunta que respecto de la alegación del demandante que los trabajos que se les asignaron no fueron unos especiales de utilidad social sino los administrativos de índole permanente en un Ayuntamiento “esta circunstancia podría haber legitimado una negativa del trabajador desempleado a aceptar su adscripción a unas tareas impropias del carácter que en apariencia se les concedía. De esta forma, sin entrar en valorarlos desde la perspectiva de la utilidad social y beneficio que para la comunidad deben revestir los trabajos a realizar, el Tribunal parece contraponer a estos rasgos los que son propios de los trabajos administrativos permanentes de una Administración, que, por ello no serían adecuados para ser canalizados a través de esta forma de contratación.

Esta vía, sin embargo, se abandona en sentencias posteriores, donde el Tribunal abunda sobre el particular considerando que no es posible considerar fraudulenta la utilización de los trabajos de colaboración social en tanto, por un lado, no estamos ante contratos de trabajo por lo que no pueden analizarse a partir de las prescripciones relativas a la contratación laboral en fraude de ley. Por otro, y en los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1988, la adscripción a trabajos de colaboración social está viabilizada por el Real Decreto 1445/1982 de 25 de junio, argumentación esta última que también refleja la precedente sentencia del mismo Tribunal, la de 15 de julio de 1988, al señalar que “no se actúa en fraude de ley cuando la vinculación entre las partes se hace utilizando una normativa que expresamente la autoriza y ampara”.

En sentencias posteriores se mantiene y refuerza esta dirección, como se aprecia en la sentencia de 25 de julio de 2000. En ésta se plantea directamente la cuestión al recoger los diferentes puntos de vista de la sentencia recurrida y de la aportada como sentencia de contraste. La primera defiende la tesis de que los preceptos que rigen la posibilidad de celebrar contratos de colaboración social por las Administraciones Públicas, y que por ello los excluyen del ámbito del derecho del trabajo, exigen que esos trabajadores sean destinados «a la concreta obra, servicio o trabajo para el que se solicita al desempleado, exigiendo concreta y específicamente que los mismos tengan una utilidad social directa e inmediata que a su vez redunde en beneficio de la comunidad; características predicables de las tareas de reconstrucción de edificios, arreglo de jardines, etc., etc.; actividades todas ellas para las que estaba prevista la colaboración social y no para trabajos ordinarios de oficina como los que vino a desempeñar el actor y cuya necesidad surgía de la falta de personal de la propia Confederación Hidrográfica, supliendo la falta de contratación de personal

con el trabajo de desempleados a través de la figura de la colaboración social cuya finalidad era y es muy distinta». Por el contrario la sentencia de contraste dictada por la Sala de Cataluña llega a la conclusión de que el requisito de la utilidad pública debe de estimarse concurrente en la realización de aquellas tareas que se correspondan con funciones de gestión de las Administraciones Públicas dado que, estas por definición, tienden a satisfacer necesidades públicas, correspondiendo en todo caso a la Administración afirmar el interés público y la utilidad social”.

El Tribunal Supremo, consideró en esta sentencia de 25 de julio de 2000 que “los trabajos de colaboración social no requieren esa adscripción a una obra concreta y específica a la que la sentencia recurrida condicionaba su validez, sino que quedan justificados con la simple adscripción del trabajador desempleado a la realización de una función pública que, por si misma es de utilidad social, con lo que por esa razón no pueden ser calificados de fraudulentos, considerando válida la colaboración social también en estos casos”. Esta doctrina se mantiene en la posterior sentencia de 30 de abril de 2001, que considera que “aun cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter “ex lege” temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido. Esta adscripción del beneficio, de carácter temporal, a una administración pública para la realización de una obra social, no puede considerarse como expresiva de un abuso de derecho o fraude de ley”.

Sobre este aspecto, en la sentencias objeto de este comentario se vuelve a incidir en los argumentos anteriores, y en concreto se hace reiterando lo razonado por la sentencia de 15 de julio de 1988. Es decir, la existencia de una normativa que autoriza y ampara la utilización de este tipo de trabajos avala recurrir a los mismos e impide considerar que las administraciones actúen en fraude de ley. Con ello, el Tribunal Supremo no entra en valoración alguna respecto de la adecuación de los trabajos que en el caso enjuiciado se prestaron con la normativa que los regula y, en particular, con la exigencia de que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad. En el primero de los casos, el trabajador desarrolló funciones, entre otras, de auxilio al resto de compañeros en la tramitación de determinados expedientes, transcribiendo y procesando los informes jurídicos y resoluciones, llevando el control de los acuses de recibos y remisión de los expedientes al archivo general con su correspondiente índice. En el segundo de los asuntos, el actor llevaba a cabo tareas propias del personal del centro de la misma categoría como eran la inscripción de desempleados y desocupados, realización de entrevistas profesionales cumpliendo el historial profesional y académico de los demandantes de empleo, asesorándoles en referencia a las medidas más adecuadas a sus nece-

sidades para su inserción en el mercado de trabajo, renovación del documento de inscripción de la demanda, así como la baja y suspensión de las demandas de empleo a solicitud de los interesados.

Como se aprecia, se trata de trabajos habituales y permanentes dentro de los cometidos de la Administración contratante, pero, como hemos apuntado, el Tribunal Supremo viene admitiendo que este tipo de trabajos puedan encauzarse a través de los trabajos de colaboración social. Precisamente este punto es donde se produce la discrepancia de un Magistrado, Excmo. Sr. Alarcón Caracuel, con el parecer de la Sala lo que le lleva a éste a formular voto particular, del que nos ocuparemos en un posterior apartado.

Relacionado con el análisis de qué trabajos pueden canalizarse a través de los trabajos de colaboración social, el Tribunal Supremo viene considerando que no debe exigirse que sean trabajos que revistan rasgos de singularidad y que, por tanto, la temporalidad exigida por su normativa no puede examinarse desde la óptica del contrato de obra y servicio a que se refiere el art. 15.1, a) del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido se expresan las sentencias de 24 abril 2000 y 30 de abril de 2001, doctrina que reitera en las sentencias de 9 de mayo y de 24 de noviembre de 2011: “la temporalidad exigida en estas modalidades de trabajo social no guardan relación con la temporalidad por obra o servicio determinado, a que se refiere el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 2 del Real Decreto 2546/94 , sino que el trabajo del desempleado implica, desde el inicio, una obra o un servicio durante un tiempo limitado. Es decir, que aún cuando se trate de una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción debe tener un carácter “ex lege” temporal, de modo que la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido”.

El Tribunal Supremo reafirma así su parecer acerca de los trabajos que pueden contratarse por esta modalidad ya que tampoco por la vía de la temporalidad exige que sean trabajos que revistan características especiales. Ahora bien, la normativa de referencia exige, en primer lugar, temporalidad, para después imponer una duración máxima, que se delimita por el tiempo que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo. Es decir, que el trabajo a contratar debe tener naturaleza temporal por sí mismo, aunque además tenga una duración máxima. Sin embargo, y aunque en la sentencia de 27 de julio de 1988 se dice que “tales trabajos de colaboración social son esencialmente temporales”, y que en la propia sentencia de 9 de mayo de 2011 se reconoce que estos trabajos deben tener “carácter temporal y duración máxima” –distinguiendo, por tanto, entre temporalidad del objeto y duración máxima de la contratación-, el Tribunal Supremo considera sólo esta segunda perspectiva por cuanto la analiza exclusivamente desde su relación con la

prestación por desempleo que siempre tiene naturaleza temporal. También en este punto se produce la discrepancia de un Magistrado, Exmo. Sr. Alarcón Caracuel, con el parecer de la Sala lo que le lleva a éste a formular voto particular, del que nos ocuparemos en un posterior apartado.

Al margen de estos razonamientos, otro aspecto presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en materia de trabajos de colaboración social tiene que ver con las consecuencias que se derivarían de una eventual irregularidad por parte de las administraciones en su utilización. Partiendo de lo señalado por el art. 213 de la Ley General de Seguridad Social en el sentido de que los trabajos de colaboración no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos, se viene señalando que el cese de los trabajadores que los desarrollan no puede calificarse como despido –sentencia de 27 de julio de 1988-, que la propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él –sentencia de 9 de mayo de 2011-, y que la transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los *artículos 14 y 103* de nuestra Constitución –sentencias de 15 de julio de 1988, 9 de mayo y 24 de noviembre de 2011-.

3. LOS ARGUMENTOS DEL VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 2011

Como venimos anunciando, el Magistrado Exmo. Sr. Alarcón Caracuel discrepa con el parecer de la Sala en la sentencia de 9 de mayo de 2011 y formula voto particular, de cuyos fundamentos pasamos a ocuparnos en este apartado, lo que hacemos conforme al orden seguido en el anterior apartado al analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia.

Respecto del objeto del contrato, y en particular sobre los rasgos de utilidad y beneficio para la comunidad que deben tener los trabajos a desarrollar, considera el Magistrado que “Desde luego, el legislador no define cuáles son esos trabajos y no podría hacerlo, pues es algo indeterminable a priori. Ahora bien, entiendo que sí cabe al menos una delimitación negativa: no podemos afirmar que, por el hecho de que la entidad contratante sea una Administración Pública, ya existe esa utilidad social y ese beneficio para la comunidad. Porque, si así fuera, no sería necesario que esa utilidad y ese beneficio se expresaran como requisito para la licitud de esta contratación puesto que la misma está reservada por el *artículo 38 del R.D. 1445/1982* a las Administraciones Públicas. Es más, el *artículo 39 del R.D. 1445/1982* exige que las Administraciones

Públicas que pretendan hacer uso de este tipo de contratos deberán acreditar documentalmente, tanto “la obra o servicio que se vaya a realizar y su exacta localización” y, lo que ahora nos importa subrayar, “la utilidad social de tales obras, trabajos o servicios”. Por lo tanto, es algo que no se da por supuesto, por el hecho de que el sujeto contratante sea una Administración Pública, sino que ésta habrá de acreditarlo, y ello será objeto del correspondiente control judicial. Será pues, a posteriori cuando se determinará si concurre o no el requisito de la utilidad social y beneficio para la comunidad, utilizando para ello las reglas de la sana crítica”.

En relación a este argumento, ya dijimos antes que la normativa no ofrece referencias expresas, a diferencia de otros supuestos, respecto de la utilidad social y beneficio para la comunidad que debe tener estos trabajos. Por tanto, a nuestro juicio, como demuestran esos otros casos, hubiera sido posible delimitar de alguna forma el objeto de estos trabajos. Ahora bien, y en la medida que esta opción no es la escogida por la normativa, ésta es clara en cuanto a la exigencia de los mencionados rasgos a los trabajos a desarrollar por los desempleados perceptores por desempleo. Y es en este punto donde el voto particular ofrece un fundamento que nos parece más ajustado a esta exigencia que el aportado por la Sala en las sentencias de 9 de mayo y 24 de noviembre de 2011. Porque, como razona el voto particular, la presencia de los comentados caracteres no está presente sin más por el hecho de que el sujeto contratante sea una Administración Pública. A nuestro parecer, la normativa de referencia no avala que cualquier trabajo pueda canalizarse a través de los trabajos de colaboración social ya que, como hemos visto esta regulación describe una serie de elementos relativos, entre otros al objeto de los trabajos a contratar. Es decir, que la normativa ha de considerarse por su contenido y por el cumplimiento de sus prescripciones.

Y en cuanto a la temporalidad, el voto particular formulado por el Magistrado considera que “el carácter temporal debe acreditarse respecto al objeto del contrato –los trabajos de colaboración social– y no respecto al contrato mismo. Y es evidente que las actividades normales y permanentes de una Administración Pública no tienen ese “carácter temporal”, que el legislador exige. Y ello es así aunque el Reglamento dijera otra cosa, pues, obviamente, no puede contradecir a la Ley. Pero es que -y añadimos esto sólo a mayor abundamiento- si leemos bien el *artículo 38 del R.D. 1445/1982*, no hay tal contradicción. En efecto, su párrafo 1 dice así: “Las Administraciones Públicas podrán utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo... en trabajos de colaboración temporal...”. Es ahí donde el Reglamento recoge el requisito legal de la temporalidad de los trabajos objeto de este tipo de contratos. Y más adelante, en la letra b) que ya hemos transcrito, concreta esa temporalidad -que, como digo, se refiere a los trabajos objeto del contrato y no al contrato

mismo aunque, obviamente, la primera determina la segunda- en que la duración de éste -aquí si se refiere el precepto a la temporalidad del contrato- no debe superar el tiempo que quede al desempleado de percibo de la prestación o subsidio por desempleo, lo cual va de suyo pues, en caso contrario, la entidad contratante perdería todo interés en la utilización de la figura: pagar al trabajador solamente la diferencia entre el importe de la prestación o subsidio por desempleo y el de la base reguladora que sirvió para calcular la prestación contributiva (*artículo 38.4 del R.D. 1445/1982*)”.

Como se aprecia, la idea de temporalidad que se defiende no se pone en relación con el contrato de obra o servicio, referencia, como se ha visto en el apartado anterior, sobre la que ha girado el debate, resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido allí expuesto. La temporalidad, a juicio del Magistrado, Excmo. Sr, Alarcón Caracuel, ha de predicarse del objeto del contrato y en tanto éste se destine para trabajos que por naturaleza no lo son –trabajos habituales y permanentes en las administraciones-, se incumple otro de los requisitos que permiten la contratación a través de la figura de la colaboración social. De nuevo, estos razonamientos nos parecen más ajustados a los requisitos normativos sobre la materia.

4. CONCLUSIONES

Los trabajos de colaboración social presentan singularidades en nuestro sistema de relaciones laborales, lo que se manifiesta, sobre todo en dos aspectos: obligatoriedad de su realización para los demandantes de empleo perceptores de prestaciones por desempleo y compatibilidad de estas prestaciones con un complemento económico por la realización de estos trabajos. En cambio, y como se ha intentado poner de manifiesto, la normativa que los regula adolece de algunos elementos necesarios atendiendo precisamente al primero de los mencionados. Adviértase en este sentido cómo, por ejemplo, el régimen jurídico de las obligaciones de los demandantes de empleo –contenido en líneas generales en el art. 231 de la Ley General de Seguridad Social- precisa en gran medida las características que deben tener los trabajos que están obligados a aceptar, lo que se hace a través del concepto de colocación adecuada.

Esta carencia no debiera acentuarse aún más con una interpretación de la normativa, como la que el Tribunal Supremo viene haciendo, en virtud de la cual las Administraciones Públicas pueden disponer de esta figura sin más restricciones que las derivadas de las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado y de que el trabajo a realizar no suponga cambio de residencia habitual del trabajador. Es decir, ninguna relacionada con el objeto a contratar, ya que, de acuerdo con esta jurisprudencia, el otro requisito que debe cumplirse a priori –temporalidad- se entiende como la duración máxima de la colaboración, lo que impide evaluar su cumplimiento con carácter previo.

Como se ha visto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo supone, en la práctica, la inaplicación de dos de los requisitos que la normativa de referencia exige; que los trabajos tengan utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad, y que sean temporales. Y reconociendo que, en el primer caso, se trata de conceptos indeterminados, la interpretación que viene realizando el Tribunal determina que todos los trabajos que se llevan a cabo en las administraciones se cumplen con los mismos. Esto supone instaurar una presunción que conduce a no considerarlos en cada caso precisamente por este presupuesto de partida, interpretación que, por tanto, obvia que la normativa los exige en cada caso. Respecto de la temporalidad, cabe realizar la misma crítica, en tanto, como se ha visto, esta jurisprudencia no la exige en cuanto a la naturaleza del trabajo a realizar sino que la considera presente sólo por el hecho de que la colaboración tiene una duración máxima. De esta forma, también se vacía en gran medida este otro requisito por cuanto propicia entender que todos los trabajos son temporales.

Puede que esta forma de entender los trabajos de colaboración social inerte evitar las consecuencias de considerar irregular la utilización de esta figura, con la consiguiente calificación como despido improcedente del cese. En este sentido, como viene reiterando el Tribunal Supremo “La transformación en fijos de los trabajadores que prestan servicios de colaboración temporal, determinaría la apertura de un portillo fraudulento para el ingreso en la plantilla de la Administración, al eludir las pruebas reglamentarias y causar perjuicio a los potenciales aspirantes a ellas, siendo por tanto contrario a los *artículos 14 y 103* de nuestra Constitución”. Y ello, tras señalar que la colaboración no puede en caso alguno convertirse en indefinida, porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal y que la propia denominación de trabajo de colaboración temporal impide quedar vinculado indefinidamente por él.

Al respecto, y comenzando por los dos últimos argumentos, como es conocido la calificación que las partes den a una determinada relación no tiene trascendencia jurídica, siendo lo relevante la realidad de los hechos. Aplicando este reiterado principio jurisprudencial, no es posible escudarse en la existencia de una normativa que posibilita la colaboración, obligada, de desempleados, ya que esta normativa ampara esta decisión en la medida que se cumplan sus prescripciones. De no ser así, la irregularidad en la utilización de esta figura determinaría su consideración como contrato laboral indefinido y su cese, por tanto, equivaldría a un despido improcedente. Y en cuanto a la repercusión que esta calificación tendría respecto a los preceptos constitucionales indicados, cabe señalar que ya la normativa prevé esta circunstancia, como se observa en la actual Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, aunque la solución allí contemplada sólo se contempla respecto de contrataciones irregulares al amparado del contrato de obra o servicio u de supuestos de derivadas de encadenamiento contractual.

Puede que también esta jurisprudencia se haya construido sobre el pretendido beneficio que para todas las partes –trabajadores, Administración y Sociedad-, los mismos suponen, tal como expresamente se dice en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1988. Si bien para la Administración contratante puede ser beneficioso utilizar este recurso, al propiciarle mano de obra a bajo coste, ha de considerarse lo apuntado al final del comentado voto particular: “se perjudica indebidamente a la Seguridad Social, que debe seguir abonando la prestación por desempleo y al trabajador, que consume dicha prestación y que, para culminar el panorama, no puede negarse a aceptar esta fraudulenta contratación so pena de verse sancionado por ello”.

Por todo lo razonado, a nuestro juicio, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo está analizando los trabajos temporales de colaboración social desde una perspectiva que permite a las Administraciones Públicas una utilización excesiva de los mismos. Es por ello que estimamos más ajustados a la normativa aplicable al particular los argumentos ofrecidos en el comentado voto particular a la sentencia de 9 de mayo de 2011.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE COMUNICAR EL DESPIDO OBJETIVO A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 2011

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA *

SUPUESTO DE HECHO: Ante las dificultades económicas que atraviesa una empresa como consecuencia de la rescisión de varios contratos con una empresa líder en el sector, se decide la extinción de varios trabajadores empleando el despido objetivo, poniendo a disposición del trabajador la carta de despido y la indemnización legal prevista. El despido objetivo se comunica verbalmente al Comité de empresa en una reunión formal, siendo testigo un trabajador, concretamente el responsable de Recursos Humanos. Pero la empresa no entrega una copia escrita (ni de la carta de despido, ni del preaviso) a los representantes de los trabajadores. Constatado este incumplimiento de los requisitos formales, se discute si el acto extintivo debe calificarse como despido nulo, improcedente o procedente.

RESUMEN: La STS de 7 de marzo de 2011, recurso de casación para la unificación de la doctrina, nº 2965/2010, califica el despido como nulo, por incumplimiento de las obligaciones formales, en concreto, la exigencia de comunicar por escrito la extinción contractual a los representantes de los trabajadores, ofreciendo los siguientes argumentos:

1. Por lo que se refiere a la obligación de comunicar el despido, la Sala reitera doctrina en la que se sostiene que existe un error de redacción en el artículo 53.1.c) del ET cuando se indica que, en relación con el despido objetivo por causas económicas, “del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”. Pues, este precepto impone la obligación empresarial de entregar la carta de despido, y no la comunicación de preaviso, “que no es en sí misma una comunicación de despido”.
2. Para cumplir la finalidad perseguida en la norma el empresario debe comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, utilizando la forma escrita.
3. El incumplimiento de las obligaciones formales por parte del empresario, conlleva a la calificación del acto extintivo como despido nulo.

* Profesora Dra. del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En suma, y pese a partir de postulados doctrinales parcialmente consolidados, tanto en sede jurisprudencial como científica¹, el Tribunal adoptará la solución más garantista de los derechos individuales y colectivos.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN
2. SENTIDO DE LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES
3. EL PROCEDIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN: ENTREGA DE LA CARTA DE DESPIDO *VERSUS* INFORMACIÓN VERBAL
4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO FORMAL: DESPIDO NULO, IMPROCEDENTE O PROCEDENTE
5. CONCLUSIÓN

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El presente pronunciamiento tienen origen en la calificación como despido procedente que realizan, tanto el Juzgado de lo Social, de la Comunidad Valenciana, de 17 de noviembre de 2009, autos nº 664/2009, como la STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 11 de mayo de 2010 (rec. suplicación 564/2010), que conocen respectivamente, en primera y segunda instancia, del caso enjuiciado, considerando que la mera comunicación verbal del acto extintivo, a los representantes de los trabajadores, cumple con la finalidad perseguida por el artículo 53.1.c) del ET.

Esto motiva que el trabajador, descontento con el fallo resolutorio, recurra en casación para la unificación de la doctrina, alegando que la empresa incumplió con la obligación de notificar el despido a los representantes legales de los trabajadores, aportando como contradictoria la STS de 18 de abril de 2007 (recurso 4781/2005), donde la Sala exige, para cumplir con la obligación empresarial de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, que se entregue la carta de despido, calificando como nulo (y no como

¹ STS de 18 de abril de 2007 (recurso 4781/2005), en el ámbito científico: Desdentado Bonete, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, formas y efectos”, en Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A.: *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ibidem, Madrid, 1995, pp. 265; Martínez Emperador, R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, en VV.AA.: *Reforma de la legislación laboral*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 369; Castiñeira Fernández, J.: “La comunicación escrita al trabajador en el supuesto del artículo 52.c) ET”, en VV.AA.: *Presente y futuro de la regulación del despido*, Aranzadi, Navarra, 1997, pp. 261; Riera Vayreda, C.: *La forma en el despido objetivo*, Edersa, Madrid, 1998, pp. 69; Sempere Navarro, VV.AA.: “Nulidad del despido objetivo por no entregar copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, nº 17, 2007; Soler Arrebola, J.: “Defectos de forma en los despidos económicos: la nulidad por la no entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, nº 14, 2010; Elorza Guerrero, F.: “Las nuevas tecnologías y el despido objetivo”, *Aranzadi Social*, nº 1, 2011.

precedente) el incumplimiento de esta obligación empresarial.

El Tribunal Supremo, por su parte, admite a trámite el recurso, apreciando la concurrencia de los requisitos legales previstos, aunque en el caso enjuiciado la empresa comunicó (verbalmente) el despido objetivo al Comité de empresa; mientras que, en la sentencia de contraste, no se dan estas circunstancias, ya que la empresa obvia totalmente su deber de comunicar el despido a los representantes de los trabajadores.

A este respecto, el presente pronunciamiento cuenta con un voto particular, en el que se cuestiona si la Sala debió admitir a trámite el recurso de casación para la unificación de la doctrina, ofreciendo los siguientes argumentos: 1) El pronunciamiento de contraste no es idéntico al fallo recurrido, dado que en el primer caso el empresario desconoce totalmente los requisitos formales que afectan a la comunicación del despido, mientras que en el segundo se pone en conocimiento a los representantes que se ha producido la extinción contractual, aunque la comunicación no se hiciera por escrito, sino de forma oral. 2) Con la comunicación, aunque sea verbal, se cumple la finalidad del precepto, ya que los representantes de los trabajadores pueden controlar el despido objetivo por causas económicas examinado en el presente pronunciamiento.

Este voto particular además, partiendo de que el incumplimiento de las obligaciones formales puede conducir a la calificación del acto extintivo como despido improcedente o nulo, cuestiona que el incumplimiento total o absoluto de la obligación de comunicar, cuya sanción es la nulidad de acto extintivo, según la jurisprudencia más consolidada, tenga iguales efectos que el incumplimiento parcial de las obligaciones formales, sobre todo porque la ley no ha establecido un procedimiento concreto. Sosteniendo que la comunicación verbal a los representantes de los trabajadores, utilizando un procedimiento que no es el regular, no puede ser sancionada de la misma manera que el desconocimiento total de esta obligación.

Por tanto, la cuestión aquí planteada se refiere al sentido o alcance de la obligación empresarial de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores. De ahí que, con el fin de valorar si procede la calificación como despido nulo o improcedente, en las siguientes páginas, se analice la finalidad de la norma que exige la comunicación del despido objetivo a los representantes de los trabajadores, el procedimiento que el empresario debe seguir para cumplir los trámites del despido objetivo, así como los preceptos referidos a la calificación judicial en el caso de que se aprecie un incumplimiento formal.

En este análisis se ha de tener en cuenta que, durante el transcurso de los hechos enjuiciados, entra en vigor la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, por la que se modifican, en relación con el caso aquí planteado, las consecuencias jurídicas del incumplimiento formal, como se analizará en el último apartado.

2. SENTIDO DE LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO OBJETIVO A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

Dejando al margen el caso más excepcional previsto en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de junio, donde se regula el procedimiento de extinción colectiva de los contratos laborales, aplicable a las empresas declaradas en concurso, la legislación laboral ha venido facilitando la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, con el fin de que el empresario pueda hacer frente a las necesidades de la empresa, utilizando para ello dos instituciones laborales: el despido objetivo por causas económicas y el despido colectivo. En ambos casos, el empresario resuelve el contrato de trabajo alegando “razones económicas, productivas y de organización”, con el fin de adecuar el volumen de empleo existente en la empresa a las necesidades de ésta, a través de una organización más racional de los recursos humanos (artículo 51.1 y 52.c del ET). Por lo que, entre el despido objetivo por causas económicas y el despido colectivo, existen importantes similitudes, ya que ambos se emplean como forma de ajustar la plantilla de la empresa al volumen de empleo existente, descansando su razón de ser en la flexibilidad laboral, que resulta tan necesaria para responder a las exigencias del mercado.

No obstante lo anterior, al mismo tiempo que la legislación laboral facilita en ambos casos la extinción del contrato de forma colectiva, se establecen ciertos mecanismos de control que inciden en dos aspectos fundamentales. De un lado, en la causa justificativa del despido objetivo; en concreto, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción que justifiquen el acto extintivo. Por otro lado, en el número de trabajadores afectados por la resolución contractual, donde radica, como se sabe, la distinción entre los despidos objetivos por causas económicas y los despidos colectivos.

En efecto, la existencia de dos tipos de despidos (objetivo por causas económicas y despido colectivo) para atender a una misma causa, el ajuste de la plantilla (o la adecuación de los recursos humanos existentes en la empresa) a la cantidad de empleo real o efectiva que se registra en un momento determinado, se justifica por el número de trabajadores afectados en cada uno de los casos. En concreto, el despido objetivo se utiliza como una forma de adecuar los recursos humanos de la empresa al volumen de empleo existente, cuando se requiere una regulación de la plantilla, con un alcance más limitado o menor, como se deduce de los límites cuantitativos que separan el despido objetivo por causas económicas del despido colectivo: “cuando concurren alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo” (artículo 52.c) del ET). Un alcance menor que se encuentra además acotado temporalmente, con el fin de evitar que los empresarios acudan al despido objetivo por causas económicas, cuando

el proceso de ajuste implique una reconversión de la plantilla con un alcance mucho más amplio. De ahí que la legislación laboral señale que el despido será colectivo cuando, “en un período de noventa días”, las extinciones contractuales afecten a los siguientes trabajadores: “a) diez trabajadores, en las empresas que ocupen cien trabajadores; b) el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”.

En este equilibrio entre la flexibilidad laboral y la estabilidad en el empleo (o la protección sobre un puesto de trabajo concreto), los requisitos formales han desempeñado (y desempeñan) un papel relevante en el control del uso abusivo y fraudulento de los despidos por causas económicas². Pues, la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, como sostiene el presente pronunciamiento judicial, incluido el voto particular, se inserta en los mecanismos de control existentes sobre las decisiones empresariales que tratan de evitar la tutela administrativa y judicial, haciendo descansar la vigilancia o el control de los procesos empresariales decisorios, que desemboquen en despidos objetivos por causas económicas, en los representantes de los trabajadores³.

Por ello, esta obligación de comunicar el acto extintivo, característica del despido objetivo, no existe en el despido disciplinario, salvo en lo referido al perceptivo trámite de expediente contradictorio que se debe seguir cuando el afectado es representante de los trabajadores o al trámite de audiencia previa ante los delegados sindicales cuando el trabajador estuviera afiliado al sindicato (artículo 55 del ET, artículo 108 y 109 de la LPL). Pues, la entrega de la carta al trabajador y la tutela judicial garantizan suficientemente el control de los despidos disciplinarios. Como tampoco, esta obligación de comunicar el acto extintivo existe en el despido colectivo, dado que el expediente de regulación de empleo, en el que se precisa la participación tanto de los representantes de los trabajadores como de la Administración Laboral competente, cumple fielmente con la finalidad de controlar que la decisión empresarial sea conforme al Derecho. De la misma forma que tampoco existe una obligación similar en las empresas declaradas en concurso, donde la participación tanto de los representantes de los trabajadores como de la administración concursal, exigida por la ley, garantizan el control de los despidos en estos casos (artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de junio, de Concursos).

En definitiva, la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, con el alcance general que se desprende de su configuración en la ley, es una garantía dirigida a defender los intereses de los

² Igartua Miró, M.T.: “Requisitos formales del despido objetivo”, en VV.AA.: *El despido: análisis y aplicación práctica*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 446.

³ Rodríguez-Piñero Bravo-FerreR, M.: “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, pp. 99.

trabajadores, evitando que el empresario recurra a esta forma de extinción contractual con fraude o abuso legal, equivalente a la prevista en el despido colectivo o en los despidos concursales. Tratándose de un mecanismo que resulta especialmente necesario en la actualidad, como consecuencia de que las últimas reformas laborales, en concreto, la Ley 35/2010, han ido ampliando las causas que permiten el uso de los despidos por causas económicas, hasta facilitar que el empresario utilice este tipo de extinciones contractuales, no sólo como forma de salvar la empresa, sino incluso por razones de carácter más preventivo (donde puede incluirse la mejora de la posición competitiva en el mercado).

Por tanto, como cierre de este apartado, es preciso señalar que, cuando se trata de valorar el sentido o alcance real de este requisito formal, en relación con el procedimiento que los empresarios deben seguir en el despido objetivo por causas económicas y los efectos jurídicos de su incumplimiento, se debe considerar la importante función que los representantes de los trabajadores desempeñan en este tipo de extinción contractual.

3. EL PROCEDIMIENTO DE LA COMUNICACIÓN: ENTREGA DE LA CARTA DE DESPIDO *VERSUS* INFORMACIÓN VERBAL

Como se sabe, la legislación laboral no ha establecido el procedimiento que el empresario debe observar cuando decide practicar un despido objetivo, planteándose, entre las dudas que surgen como consecuencia de esta omisión, si la comunicación a los representantes de los trabajadores debe realizarse por escrito o se admite que sea verbal⁴.

⁴ En este sentido, el artículo 53.1.c) del ET exige la observancia de los siguientes requisitos legales: a) la comunicación escrita al trabajador expresando la causa del acto extintivo (carta de despido); b) la puesta a disposición de la indemnización de veinte días por año de servicio o, en su caso, la justificación que le impide al empresario poner a disposición del trabajador dicha cantidad, en el caso de los despidos objetivos por causas económicas; c) la concesión de un plazo de preaviso al trabajador, a los efectos de que pueda encontrar otro empleo (licencia para buscar otro empleo), así como la obligación de dar traslado de este preaviso a los representantes de los trabajadores; d) el traslado de la copia del “escrito de preaviso” a los representantes de los trabajadores. En este sentido, la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, se puede vincular con los derechos de información y consulta del artículo 64.1 del ET. Pero, más discutible es que, del precepto que exige el informe de los representantes de los trabajadores en los casos de cese total o parcial (artículo 64.5 del ET), se pueda deducir que el despido objetivo exige un informe preceptivo de los representantes de los trabajadores, similar al expediente de regulación de empleo. Pues, en la interpretación y aplicación del artículo 64.5 del ET, es necesario recordar que, en 1980 - cuando se publicó este precepto-, las reestructuraciones de plantilla se tramitaban mediante expedientes de regulación de empleo, sin que se extendiera el informe perceptivo de los representantes de los trabajadores al supuesto de despido objetivo. Asimismo, la Ley 11/1994 facilitó el procedimiento despido objetivo, por lo que resultaría ciertamente difícil extraer el artículo 64.5 del ET exige el informe de los representantes de los trabajadores. En este sentido, Prados De Reyes, F.J.: *La terminación del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 92.

A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han criticado la deficiente redacción del artículo 53.1.c) del ET, cuando se refiere a que, “en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento”, considerando que otras redacciones distintas de este precepto podrían, con toda seguridad, facilitar la importante función de control que los representantes de los trabajadores están llamados a desempeñar en los despidos objetivos por causas económicas.

Pese a esta inadecuación de la redacción legal a la finalidad de perseguida por la norma, un sector doctrinal minoritario, siguiendo una interpretación ajustada al tenor literal del artículo 53.1.c) del ET, mantiene la obligación de preavisar a los representantes de los trabajadores⁵. Frente a esta interpretación, la doctrina ha sostenido de forma mayoritaria la existencia de un error material en la regulación legal, indicando que el empresario debe trasladar una copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, con la indicación de las causas que motivan el acto extintivo, para cumplir la finalidad de la regulación, que es precisamente facilitar el control de estos despidos por los representantes de los trabajadores, ante la importancia más relativa que otros tipos de vigilancia tienen en los despidos objetivos⁶. Esta interpretación además está avalada por un amplio número de pronunciamientos judiciales, donde se considera que el traslado del preaviso a los representantes de los trabajadores no cumple con los requisitos formales del artículo 53.1 del ET, sino que el empresario debe entregarles una copia de la carta de despido⁷.

Partiendo de estas posturas contradictorias, que encierran ambos argumentos de relevancia para decantarse a favor de una u otra, es necesario recordar

⁵ Prados De Reyes, F.J.: *La terminación del contrato de trabajo*, ob. cit., pp. 91: “entendemos que se trata de una sola obligación – el preaviso – cuya notificación tiene un destinatario aunque de la misma se ha de hacer partícipes a los representantes de los trabajadores”. También, García Fernández, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, en VV.AA.: *Nuevo estatuto de los trabajadores: puntos críticos*, Madrid, 1995, pp. 121: “del escrito de preaviso, distinto, al parecer, del escrito en el que se comunica la extinción, se dará copia a la representación legal de los trabajadores, a los solos efectos de su conocimiento”.

⁶ Desdentado Bonete, A.: “El despido objetivo económico: ámbito, causas, formas y efectos”, ob. cit., pp. 265; Martínez Emperador, R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, ob. cit., pp. 369; Castiñeira Fernández, J.: “La comunicación escrita al trabajador en el supuesto del artículo 52.c) ET”, ob. cit., pp. 261; Riera Vayreda, C.: *La forma en el despido objetivo*, ob. cit., pp. 69; Sempere Navarro, A.V.: “Nulidad del despido objetivo por no entregar copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit.; Soler Arrebola, J.: “Defectos de forma en los despidos económicos: la nulidad por la no entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit.; Elorza Guerrero, F.: “Las nuevas tecnologías y el despido objetivo”, ob. cit.

⁷ STS de 18 de abril de 2007 (RJ 3770/2007); STSJ de Islas Baleares, de 23 de septiembre de 2010 (AS 1936/2010); STSJ de Galicia, de 2 de diciembre de 2005 (AS 4585/2004); STSJ de Cataluña, de 2 de octubre de 1995 (AS 3946/1995).

que las sucesivas reformas laborales operadas sobre la extinción contractual, pero más concretamente sobre los despidos objetivos, no se han detenido en concretar la obligación empresarial de comunicar esta extinción, impuesta en el artículo 53.1.c) del ET, a los representantes de los trabajadores. Por lo que se ha mantenido, en la redacción legal, la obligación de trasladarles el preaviso, sin incorporar, como obligación legal específica, la entrega de la carta de despido. Asimismo, centrándonos en el procedimiento de comunicación, tampoco se ha detallado ningún modo concreto, en relación con la manera de cumplir esta obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores. Ni siquiera sobre cuestiones tan relevantes como el plazo de la comunicación, cuya concreción ha quedado relegada a los Tribunales⁸, o la forma en la que debe realizarse.

Centrándonos en este último punto, el presente pronunciamiento judicial aborda una cuestión conflictiva, como todas las que se han suscitado respecto a la obligación de comunicar el despido a los representantes de los trabajadores, que han originado respuestas judiciales contradictorias. De un lado, algunos pronunciamientos, entre ellos la STJS de Galicia, de 21 de abril de 2010 (AS 1731/2010), han interpretado que la comunicación a los representantes de los trabajadores debe realizarse por escrito, dado que la información meramente verbal no garantiza la función de vigilancia que los representantes de los trabajadores desempeñan en los despidos objetivos por causas económicas. Por el contrario, otros pronunciamientos judiciales han mantenido una interpretación menos formalista, admitiendo que la comunicación a los representantes de los trabajadores, exigida en el artículo 53.1.c) del ET, se cumple cuando el empresario le entrega la carta de despido al trabajador, en presencia de los representantes, y se procede a su lectura pública⁹.

Todas estas omisiones es cierto que hacen más difícil el control de los despidos, como también es obvio que la entrega de la carta de despido a los

⁸ En este sentido, la STS de Madrid, de 22 de febrero de 2010 (AS 239/2010), entre otras, indica que “la comunicación puede efectuarse antes simultáneamente o después de que se haya notificado el despido al trabajador afectado, si bien en el caso de que se haga después la dilación no deberá ser tan considerable que frustre la finalidad de poder contribuir a que en el proceso de despido el trabajador utilice el argumento de la superación de los límites cuantitativos del despido objetivo”.

⁹ STSJ de Cataluña, de 9 de febrero de 2011 (AS 1412/2011). Del mismo modo, esta interpretación también se sigue en la STSJ de Islas Baleares, de 23 de septiembre de 2010 (AS 1936/2010), donde la dirección de la empresa explicó verbalmente los motivos del despido objetivo, haciendo un breve resumen de las causas, y leyó las comunicaciones preparadas para entregar a los trabajadores, en presencia de los representantes de los trabajadores, por lo que la Sala entendió que se cumplió la finalidad perseguida en el artículo 53.1.c) del ET. De la misma forma, la STSJ de Castilla y León, de 7 de mayo de 2008 (AS 1817/2008), consideró que el requisito de la comunicación a los representantes de los trabajadores se encuentra cumplido cuando los Delegados de Personal participan como testigos de que el trabajador se niega a recibir la carta de despido.

representantes de los trabajadores facilita la función que desempeñan en la vigilancia de las extinciones que suceden en la empresa, de una forma ordenada e institucionalizada. Esto evita que los representantes de los trabajadores, para garantizar el control de los despidos objetivos, tengan que solicitar la carta de despido a los trabajadores, favoreciendo la vigilancia sobre aquellos despidos objetivos donde el empresario y el trabajador hayan acordado, sin fundamento o causa legal, recurrir a este tipo de extinción; en cuyo caso los representantes de los trabajadores encontrarían, con toda certeza, serias dificultades para obtener la carta de despido. Igualmente, la mera comunicación verbal dificulta este control, sobre todo en lo que hace a las causas, pero también en el número de trabajadores afectados por los despidos, en tanto que son muchos los representantes de los trabajadores que pueden recibir la comunicación. De tal forma que, sin un procedimiento establecido, se puede dificultar el cumplimiento del control sobre unos despidos que, por su configuración legal, pueden sucederse en la empresa, de forma escalonada, hasta “en un período de noventa días”.

No obstante, en el caso enjuiciado, se debería valorar, como sostiene el voto particular, que la comunicación se realiza en una reunión formal mantenida con el Comité de Empresa, contando con las garantías necesarias que permiten registrar en las actas, no sólo el despido objetivo, sino incluso las preguntas sobre las causas que motivaron la decisión empresarial de recurrir a esta figura extintiva. Asimismo, es preciso tener en cuenta que las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores, en relación con los despidos objetivos por causas económicas, no se ciñen exclusivamente a las garantías establecidas en el artículo 53.1.c) del ET: la obligación de comunicar el despido a los representantes de los trabajadores. Pues existen otras garantías, de carácter más general, establecidas en otros preceptos del ET, con misma finalidad de facilitar el control de las decisiones empresariales. Concretamente, en relación con el Comité de Empresa, los derechos de información y consulta establecidos en el artículo 64 del ET¹⁰. De tal manera que, en el caso enjuiciado, el Comité de Empresa debería tener información acerca del estado económico de la empresa, con lo que la simple comunicación de los despidos a los representantes de los trabajadores, aunque se hiciera de forma verbal, tendría que haber activado todos controles de alerta ante la posible conducta fraudulenta o abusiva del empresario. Por lo que, en este caso, la comunicación meramente verbal que realiza el empresario, como sostiene el voto particular, garantiza la intervención de los representantes de los trabajadores.

¹⁰ Sempere Navarro, A.V.: “Nulidad del despido objetivo por no entregar copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit.; Soler Arrebola, J.: “Defectos de forma en los despidos económicos: la nulidad por la no entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit

Otra cuestión sería aquellas empresas donde la única forma de controlar o vigilar el despido objetivo descansara en la obligación de comunicar la extinción a los representantes de los trabajadores, bien porque se traten de empresas de tamaño mediano o pequeño donde esta intervención sea más difícil de establecer, ya sea porque simplemente los trabajadores carecen de representantes¹¹. A este respecto, como se sabe, en los despidos objetivos por causas económicas no se han establecido mecanismos para asegurar que los representantes de los trabajadores controlen estas extinciones contractuales en estos casos, a diferencia de lo que sucede con los despidos objetivos y otros supuestos de cambios con trascendencia igualmente colectiva, como son la movilidad geográfica o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, donde los trabajadores pueden designar representantes *ad hoc*, para participar en estos procesos decisivos, cuando la empresa carezca de representación (artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, sobre el procedimiento de regulación de empleo, artículo 40, 41 y 52 y ss. del ET). En estos casos, la entrega de la carta de despido a los representantes, con toda probabilidad, será la única forma de controlar el acto extintivo, siendo más dudoso que la obligación se entienda cumplida sólo con la entrega del preaviso o la comunicación meramente verbal.

4. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO FORMAL: DESPIDO NULO, IMPROCEDENTE O PROCEDENTE

Con la intención de flexibilizar los despidos, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, introdujo un trato diferente respecto de los despidos disciplinarios en cuanto a la calificación del acto extintivo por incumplimiento de las obligaciones formales, en la línea de ampliar el despido improcedente, reduciendo la nulidad a los supuestos más graves. En la misma dirección, la Ley 35/2010 ha atemperado los casos donde el despido objetivo debe calificarse como nulo, ampliando los supuestos que comportan la calificación del acto extintivo como despido procedente e improcedente.

En este sentido, con la anterior redacción legal, el despido objetivo era nulo cuando el empresario no cumplía los requisitos formales establecidos en el artículo 53.1 del ET (entrega de la carta de despido al trabajador y de la indemnización en los casos donde fuera obligatoria); pero ahora estos incum-

¹¹ Como se sabe, en general, la intervención de los representantes de los trabajadores resulta en estos casos muy compleja, siendo el control sobre los despidos objetivos por causas económicas muy relativo. Un análisis detallado sobre las cuestiones que se plantean y sus posibles soluciones, González Ortega, S.: “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en Rodríguez-Sañudo, F. y Carrizosa Prieto, E. (Coord.): *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 135.

plimientos formales se califican como despidos improcedentes (artículo 53.4 del ET y 122 de la LP). De la misma forma, con la anterior redacción legal, cuando el empresario no concedía al trabajador el preaviso o existía un error en la indemnización, la norma señalaba que el despido no era nulo, quedando la calificación del acto extintivo en el ámbito de la improcedencia. En la misma dirección, tras la reforma de la Ley 35/2010, cuando el empresario no preavise con la anticipación suficiente que le permita al trabajador disfrutar de la licencia para buscar un empleo o exista un error en el cálculo de la indemnización que sea excusable, el despido no será calificado como improcedente, quedando, en definitiva, la sanción jurídica en el terreno de la procedencia (artículo 53.4 del ET y 122 de la LPL).

Por tanto, en la dirección de las reformas operadas, el ámbito de la nulidad, como era de esperar por las constantes críticas que se habían efectuado sobre la rigidez existente en cuanto a la calificación de los despidos objetivos por incumplimiento de los requisitos formales¹², queda reducido a los casos de incumplimientos más graves¹³. Como se ha advertido, esta modificación va a generar un cambio en los pronunciamientos judiciales a favor de favor de la calificación de los despidos como improcedentes o procedentes¹⁴, en lo que respecta a la observancia de los requisitos formales. Pese a que, con anterioridad a la ley 35/2010, ya se había defendido que el incumplimiento de la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores comportaba la calificación del acto extintivo como despido procedente, siempre que se cumpliera la finalidad perseguida en la norma: la vigilancia o el control que realizan los representantes de los trabajadores de los despidos objetivos por causas económicas¹⁵.

¹² García Fernández, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, nº 30, 1994, pp. 121.

¹³ Como lo son, según se establece en el artículo 53.4 del ET y 122 de la LPL, aquellos que se conecta con las decisiones discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales y la vida pública, la conciliación de la vida laboral y familiar (suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad, el disfrute de permisos o excedencias relacionadas con el cuidado de familiares), las decisiones extintivas que afecten a las trabajadoras embarazadas (y tengan como móvil discriminatorio el embarazo), así como el despido de los trabajadores que se reincorporan a la empresa tras finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, en los casos, formas y plazos previstos en la ley.

¹⁴ Soler Arrebola, J.: “Defectos de forma en los despidos económicos: la nulidad por la no entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, *ob. cit.*

¹⁵ García Fernández, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, *ob. cit.*, pp. 121: “en cualquier caso, la omisión del traslado de la copia del escrito de preaviso, o la audiencia, no acarreará la nulidad del despido ni tampoco, probablemente, su improcedencia”.

No obstante lo anterior, centrándonos en la cuestión que se plantea en este supuesto, que se rige por la regulación anterior a la Ley 35/2010, las reformas legales operadas, en los despidos objetivos desde la entrada en vigor del ET, no se han detenido en las consecuencias jurídicas que comporta la obligación de comunicar el acto extintivo a los representantes de los trabajadores, cuya sanción ha sido, por interpretación de la doctrina y la jurisprudencia, la nulidad o la improcedencia, según los siguientes argumentos.

1. De un lado, trayendo a colación las posiciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, un importante sector doctrinal ha mantenido un mayor rigor respecto a la observancia de los requisitos formales, calificando el despido como nulo, cuando el empresario incumpliera la obligación de comunicar el acto extintivo a los representantes de los trabajadores. Como argumento para defender esta idea, se afirmaba que el equilibrio entre la flexibilidad de los despidos, que es esencial para que se cumpla el objetivo de adaptar la empresa a las exigencias del mercado, y el control de las decisiones empresariales, en los despidos objetivos por causas económicas, se consigue mediante la intervención de los representantes de los trabajadores. Por tanto, con el fin de evitar su uso abusivo o incorrecto de esta herramienta de flexibilidad laboral, el incumplimiento de la obligación de comunicar el acto extintivo acarrea la nulidad. Ésta ha sido la tesis mantenida por el Tribunal Supremo, entre otros fallos, en la STS de 18 de abril de 2007 (RJ 3770/2007), pero también en otros pronunciamientos judiciales, anteriores o posteriores a éste, que con iguales argumentos defienden la nulidad cuando existe un incumplimiento de los requisitos formales en los despidos objetivos¹⁶.

En la misma dirección, otro argumento empleado para sostener la sanción máxima, calificando el acto extintivo nulo, se basaba en que el despido es nulo cuando el empresario no cumple con los requisitos legales, entre los que se encuentra la comunicación a los representantes de los trabajadores¹⁷. Un argumento que ha perdido peso como consecuencia de que, tras la reforma de la Ley 35/2010, el incumplimiento de los requisitos formales se sanciona, como se analizó, con la improcedencia del acto extintivo, y no con la nulidad (artículo 53.4 del ET y 122 de la LPL). Tratándose de una corrección legal que resulta acertada, en tanto que establece el mismo criterio, para el incumplimiento de los requisitos formales, en los despidos objetivos y disciplinarios (artículo 53.4 y 55.4 del ET y 122 de la LPL).

2. Por otro lado, como argumento para considerar que el incumplimiento de la obligación de comunicar comporta la improcedencia, se ha defendido que

¹⁶ STSJ de Galicia, de 7 de mayo de 1996 (AS 163/1996); STSJ de Galicia, de 21 de abril de 2010 (AS 1731/2010).

¹⁷ Martínez Emperador, R.: “Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, ob. cit., pp. 369; Iguartua Miró, M.T.: “Requisitos formales del despido objetivo”, ob. cit., pp. 460.

la falta de preaviso al trabajador no anula la extinción, por lo que tampoco debería comportar la nulidad en el caso de que no se entregara la copia del preaviso¹⁸; en una interpretación a la que se han sumado diferentes pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia¹⁹. Como apoyo a esta idea, la exigencia de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores no tiene repercusión en cuanto a la defensa del trabajador, cuya protección se basa en la carta de despido que debe observar la forma escrita precisamente para asegurar la tutela judicial (art. 105 y 122 LPL).

Igualmente, se debe considerar que la nulidad es una sanción excepcional, reservada para los casos más graves, por lo que los supuestos de despido nulo, establecidos en la LPL, han de entenderse como una lista cerrada, sin que pueda extenderse a otros casos no previstos en la ley²⁰. En este sentido, frente a la interpretación quizás un tanto formalista que mantiene el Tribunal Supremo en relación con el incumplimiento de la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores, el Tribunal Constitucional, por el contrario, mantiene una interpretación más flexible respecto a lo incumplimientos procesales, considerando que debe atemperarse la nulidad cuando se cumple la finalidad perseguida por la norma²¹.

De forma más aislada, pero que merece igualmente destacar, se ha considerado también que el incumplimiento de la obligación de comunicar el despido objetivo, a los representantes de los trabajadores, constituye una transgresión del derecho de información en materia de derechos colectivos, que debe sancionarse con la improcedencia, según se extrae de las relaciones entre el artículo 64.1.4.a) del ET y el artículo 7.7 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, de infracciones y sanciones en el orden social, que deroga el artículo 95.7 del ET, calificando esta transgresión como infracción grave²².

¹⁸ Prados De Reyes, F.J.: *La terminación del contrato de trabajo*, ob. cit., pp. 369; Riera Vayreda, C.: *La forma en el despido objetivo*, ob. cit., pp. 71 y 75.

¹⁹ STSJ de Cataluña, de 16 de abril de 1996 (AS 1436/1996); STSJ de Cataluña, de 2 de noviembre de 1996 (AS 4083/1996); STSJ de Cataluña, de 13 de enero de 1998 (AS 160/1998).

²⁰ Sempere Navarro A. V.: “Nulidad del despido objetivo económico por no entregar copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit.

²¹ Esta ha sido la interpretación del Tribunal Constitucional en relación con los requisitos formales del proceso, en una doctrina reiterada, donde se afirma que “los requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima”, de manera que “han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos pretende lograrse, para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas por la entidad real del defecto mismo, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas” (STC de 16 de junio de 1990, RTC 130/1998).

²² Riera Vayreda, C.: *La forma en el despido objetivo*, ob. cit.; Soler Arrebola, J.: “Defectos de forma en los despidos económicos: la nulidad por la no entrega de la copia de la carta a los representantes de los trabajadores”, ob. cit.; Iguartua Miró, M.T.: “Requisitos formales del despido objetivo”, ob. cit., pp. 460.

Con el presente pronunciamiento, por tanto, se resuelve una cuestión bastante conflictiva, aunque es cierto que, en realidad, el presente fallo judicial tan sólo es una confirmación más de la STS de 18 de abril de 2007 (RJ 3770/2007). Pues, la Sala ha evitado realizar la distinción entre si se trata de una incumplimiento total o parcial de la obligación de comunicar, centrandó la cuestión en que el empresario no entregó la carta de despido a los representantes de los trabajadores, para calificar la nulidad del acto extintivo por incumplimiento de los requisitos formales.

5. CONCLUSIÓN

Como hemos analizado, el presente pronunciamiento judicial se detiene en una cuestión concreta relacionada con los requisitos formales: si la obligación de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores debe realizarse por escrito o se entiende cumplido el requisito si se hace de forma verbal. Decantándose por considerar, siguiendo la línea más formalista ya mantenida por el Tribunal Supremo en otros fallos, que la obligación empresarial de comunicar el despido objetivo por causas económicas, a los representantes de los trabajadores, sólo se cumple cuando se entrega de la carta de despido, siendo necesaria la forma escrita.

A pesar de que la sanción de la nulidad quizás sea demasiado exigente cuando la ley no ha establecido esta calificación, y la finalidad que persigue la norma, el control de los despidos objetivos, queda suficientemente garantizada. Además, tras la reforma operada por la Ley 35/2010, el sentido de estas interpretaciones judiciales sobre los efectos del incumplimiento de los requisitos formales en el caso de los despidos por causas objetivas debe cambiar. Pues, con esta norma, no sólo se atemperan los casos de nulidad, sino que también se amplían los supuestos donde el despido debe considerarse como procedente (incumplimiento de la obligación de preaviso o error excusable en la indemnización) e improcedente (incumplimiento de los requisitos formales).

Por tanto, tras la Ley 35/2010, será necesario valorar en el futuro si, en el caso de que se cumpla con la finalidad de la norma, aunque no se observe totalmente el requisito formal, el despido se califica como improcedente o procedente, según se entienda que, con la comunicación meramente verbal, se cumplió o no el fin perseguido por la norma.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA*

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

ORDEN DE 27 DE MAYO DE 2011, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y SE CONVOCA EL PREMIO ANUAL A LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AUTÓNOMOS DE AN- DALUCÍA (BOJA NÚM. 130, 5 DE JULIO)

Este galardón se reconoce en el artículo 26 del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía, que instaura el “Premio Anual a los Trabajadores y Trabajadoras Autónomos de Andalucía”. El premio ha recibido un nuevo impulso a través del VII Acuerdo de Concertación Social, en cuyo Eje 2 se recomienda un nuevo planteamiento para los premios a la innovación y al espíritu emprendedor. En este contexto se han aprobado las nuevas bases que regulan el citado premio, siendo sus características principales las siguientes:

- A) Sus destinatarios serán, como establece su art. 1, aquellas personas que pudieran hacerse acreedoras del premio por sus “méritos, acciones y servicios extraordinarios realizados, o por la trayectoria desarrollada en el ámbito de trabajo autónomo”, a las que se les podrá conceder en vida o a título póstumo.
- B) Las candidaturas podrán ser presentadas por cualquier persona o entidad que tenga constancia de los méritos, en ningún caso podrán presentarlas los propios candidatos.
- C) Se trata de un premio de carácter honorífico que no genera devengos ni efectos económicos.
- D) La presentación de candidaturas se efectuará en el modelo indicado en el Anexo de la Orden. Los criterios para efectuar la presentación

* La selección se corresponde con las normas publicadas en el trimestre natural comprendido entre los meses de julio y septiembre de 2011.

se regulan en el art. 6 (órgano al que se dirige -Servicio Andaluz de Empleo-; por presentación telemática o en papel; igualmente se especifican los documentos que deberán acompañar la propuesta de candidatura, entre los que se incluye una memoria descriptiva de la actividad que realiza la persona trabajadora autónoma).

- E) El plazo de presentación de candidaturas finalizará el 30 de abril de cada año. La resolución del premio deberá de realizarse en un plazo de tres meses, a computar desde la finalización del período de presentación de candidaturas. Por otro lado, se reconoce, igualmente, la posibilidad de declarar desierta la convocatoria.

ORDEN DE 2 DE AGOSTO DE 2011, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES A LAS UNIVERSIDADES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y SU CONVOCATORIA ANUAL (BOJA NÚM. 158, DE 12 DE AGOSTO).

La normativa aprobada por la Consejería de Empleo tiene como objetivo establecer las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las Universidades de la Comunidad Autónoma de Andalucía para desarrollar actividades de promoción en el área de la Prevención de Riesgos Laborales. La solicitud de subvención se realizará mediante un proyecto que, necesariamente, tendrá que ser presentado por una Universidad andaluza, el cual deberá tener como responsable a una persona con titulación de doctor y que tenga “experiencia docente y/o investigadora en temáticas relacionadas con la Prevención de Riesgos Laborales así como la condición de personal docente e investigador de la Universidad solicitante” –art. 3.2 Orden-, siendo su plazo de ejecución variable en función de la modalidad a la que se acogerá cada proyecto –art. 4-.

Los proyectos deberán presentarse a alguna de las siguientes categorías de actividades subvencionables: a) Modalidad 1 (M1): Enseñanzas universitarias con el contenido especificado en el programa a que se refiere el anexo VI del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; b) Modalidad 2 (M2): Cursos de formación de postgrado universitarios de especialización en materias incluidas en el anexo VI del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, con una duración mínima de 50 horas lectivas; c) Modalidad 3 (M3): Proyectos de promoción de la cultura preventiva en la Universidad; y d) Modalidad 4 (M4): Proyectos de investigación sobre Prevención de Riesgos Laborales, que sean solicitados por un grupo de investigación incluido en el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, que incluya entre sus líneas de investigación la Prevención de

Riesgos Laborales y que superen la evaluación de la actividad de investigación, emitida por la Agencia Andaluza de Evaluación dependiente de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, y den cabida a la formación de personal docente e investigador orientada a la realización de tesis doctorales en materias de Prevención de Riesgos Laborales.

El resto del articulado de la orden está destinado a señalar los límites presupuestarios; el itinerario, documentos y precisiones necesarias para presentar las solicitudes, los criterios que asumirá el organismo competente para resolver para conceder las solicitudes; las obligaciones a las que se someten los beneficiarios; la especificación de criterios para el abono del pago por parte de la Administración –el 75% a la aceptación expresa del beneficiario y el resto a la finalización de la actividad-; y la forma de justificar la subvención obtenida, así como las causas de reintegro entre otras exigencias.

En lo que se refiere al plazo de presentación de solicitudes para la convocatoria del 2011, éste se cerró el pasado 10 de septiembre de 2011; para los sucesivos años se estará a la apertura del plazo en la respectiva convocatoria que tendrá que ser aprobada acomodándose a lo dispuesto en estas bases.

ORDEN DE 19 DE AGOSTO DE 2011, POR LA QUE SE ACUERDA AVOCAR LA COMPETENCIA QUE SE CITA Y DELEGARLA EN LA PERSONA TITULAR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO (BOJA NÚM. 176, DE 6 DE SEPTIEMBRE).

La disposición procede, en primer lugar, a avocar la competencia atribuida a las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo para instruir y resolver los expedientes de regulación de empleo instados, mediante solicitudes presentadas con fecha 16.8.2011 por las Comisiones Liquidadoras de las extintas Cámaras Agrarias provinciales por extinción de las relaciones laborales; para, posteriormente, delegar dicha competencia en la persona titular de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo.

ACUERDO 6 DE SEPTIEMBRE DE 2011, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE OPORTUNIDADES LABORALES EN ANDALUCÍA (OLA) (BOJA NÚM. 178, DEL 9 DE SEPTIEMBRE).

El Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía (Plan OLA) trata de impulsar la inversión en infraestructuras educativas y de contribuir a la creación de empleo con la finalidad de propiciar las oportunidades laborales, especialmente de las personas desempleadas del sector de la construcción. Las características básicas del mismo son las siguientes:

- A) Su periodo de ejecución abarca desde el 10 de septiembre de 2011 al 31 de diciembre de 2012.
- B) La dotación presupuestaria es de doscientos millones de euros, procedentes del Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013 y de recursos propios de la Administración de la Junta de Andalucía.
- C) Los costes que se pueden financiar con este Plan son los siguientes:
- El coste de los contratos a los que se refiere el art. 6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que estuvieren destinados a la construcción, ampliación, modernización, mejora y reforma de centros educativos; o bien, a la mejora, modernización y actualización de su equipamiento y adecuación de las infraestructuras educativas.
 - El coste de los contratos de servicios a los que se refiere el artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando éstos sean necesarios o estén asociados a la realización de las actividades anteriormente citadas.
- D) Su ejecución corresponde a la Consejería de Educación; su seguimiento y el control del mantenimiento del empleo al SAE; y, finalmente, su verificación y evaluación corresponderá a la Dirección General de Fondos Europeos y Planificación de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia.
- E) El personal a contratar para ejecutar proyectos en el marco de este Plan deberá de estar inscrito en el SAE como demandante de empleo no ocupado antes de la entrada en vigor de este Acuerdo. En todo caso, el 70% del coste del personal empleado deberá corresponder a empleo de nueva creación; no pudiéndose contratar por periodos inferiores a la duración de la tarea para la que se requiere la contratación. Al margen de lo expuesto, la contratación del personal se someterá a las prescripciones del convenio sectorial que resulte aplicable.
- F) Para coordinar la información y proponer las mejoras necesarias a la efectiva ejecución del Plan se crearán una Comisión Autónoma de participación y una Comisión Provincial de Participación en cada una de las provincias andaluzas.

Finalmente, a la fecha de cierre de esta crónica legislativa, se han aprobado varias resoluciones de convocatoria de subvenciones cuyo plazo de solicitud en la fecha de publicación de esta reseña estará cerrado. Las convocatorias se han aprobado mediante las resoluciones que se indican:

1. Resolución de 22 de julio de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servi-

cio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011, de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta en el marco del programa de formación e inserción sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, dirigida a personas jóvenes desempleadas, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 154, del 8 de agosto)

El soporte legislativo para la convocatoria de subvenciones de formación para el colectivo citado tiene su base en el Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción al que se refiere el art. 38 de la Orden de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Empleo, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el empleo en Andalucía y se establecen las bases reguladoras para concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos.

Las acciones financiadas son las del programa MOTIVA recogidas en el artículo 13 de la Orden de 28 de abril de 2011, de la Consejería de Empleo por la que se aprueba el Programa Integral de empleo para personas jóvenes en Andalucía y se modifican las Ordenes que se citan; y con preferencia las acciones formativas relacionadas con los sectores emergentes y las actividades de economía sostenible determinados por el Servicio de prospectiva de sectores emergentes y empleo sostenible.

Se trata de subvenciones en concurrencia no competitiva, cuyo plazo para la presentación de solicitudes abarcó el periodo comprendido entre el 9 de agosto y el 9 de septiembre de 2011, ambos inclusive.

2. Resolución de 22 de julio de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta en el marco del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, dirigida a personas desempleadas mayores de 45 años, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 154, del 8 de agosto)

Esta convocatoria persigue el objetivo de mejorar la empleabilidad de las personas desempleadas mayores de 45 años, como colectivo con especiales dificultades de inserción, mediante la realización de acciones de formación 45 plus contempladas en el artículo 13 de la Orden de 28 de abril de 2011, por la que se aprueba el Programa

Integral de Empleo para personas mayores de 45 años en Andalucía, de acuerdo con las bases reguladoras establecidas en la citada Orden de 23 de octubre 2009.

Dentro de las acciones formativas que se pueden impartir, la preferencia se decantada por aquellas que tengan relación con los sectores emergentes y las actividades de economía sostenible determinados por el Servicio de prospectiva de sectores emergentes y empleo sostenible establecido en el artículo 22 de la Orden de 28 de abril de 2011.

Estas subvenciones se convocaron bajo la fórmula de concurrencia no competitiva y el plazo para la presentación de solicitudes abarcó el periodo comprendido entre el 9 de agosto y el 9 de septiembre de 2011.

3. Resolución de 29 de julio de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta al amparo del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción, dirigida a los colectivos de personas con discapacidad y personas inmigrantes, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 154, del 8 de agosto).

Al igual que en los dos supuestos anteriores, se trata de la disposición que abre el plazo para la solicitud de subvenciones públicas –cuyo plazo de presentación se cerró el pasado 9 de septiembre 2011– en concurrencia no competitiva, destinadas, en este caso, a la financiación de acciones de formación de oferta al amparo del Programa de Formación e Inserción Sociolaboral para colectivos con especiales dificultades de inserción regulado en el artículo 38 de la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, destinadas a mejorar la empleabilidad de personas con discapacidad o personas inmigrantes.

4. Resolución 29 de julio de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo de la modalidad de Formación de Oferta, correspondiente al Programa de Formación para Formadores y Gestores de la Formación Profesional para el Empleo

para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de lo dispuesto en la Orden que se cita (BOJA núm. 154, de 8 de agosto).

Estas subvenciones están destinadas a las entidades a las que se refiere el artículo 4.2 de la Orden de 23 de octubre de 2009, de la Consejería de Empleo por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, establece, en su Capítulo II, Sección 4.^a, la regulación de otras modalidades de la Formación de Oferta, entre las que se encuentra el Programa de Formación de Formadores, las cuales deberán de cumplir determinados requisitos, además de encontrarse inscritas y/o acreditadas respecto a las especialidades formativas que solicitan en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo en Andalucía a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, el cual finalizó el pasado 9 de septiembre de 2011.

5. Resolución de 1 de agosto de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo en la modalidad de formación de oferta de acciones formativas dirigidas prioritariamente al programa para personas ocupadas en pequeñas y medianas empresas, empresas de economía social y autónomos, para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de lo dispuesto en la Orden que se cita (BOJA núm. 157, de 11 de agosto)

Con su aprobación se abre el plazo para solicitar subvenciones públicas para financiar las acciones de Formación de Oferta dirigidas, principalmente, a personas ocupadas en PYMES, empresas de economía social y trabajadores y trabajadoras autónomos, a las que se refiere el art. 39 la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía. Esta línea de subvenciones trata de favorecer la cualificación profesional y facilitar la adaptación de las personas trabajadoras a los cambios tecnológicos y a las innovaciones producidas en los ámbitos de la gestión y producción profesional para potenciar su estabilidad en el empleo, básicamente. El plazo de presentación de solicitudes se cerró el pasado 16.9.2011.

6. Resolución de 1 de agosto de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta

dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 157, de 11 de agosto)

La convocatoria va destinada a financiar, prioritariamente, las acciones de formación de oferta de las personas ocupadas especificadas en la Sección 2ª del Capítulo II de la Orden de 23 de octubre de 2009 por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía y se establecen sus bases reguladoras. Esta última disposición se aprobó con la finalidad de proporcionar una formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo que incidiera de manera especial en la productividad y la competitividad de las empresas, así como en la promoción profesional y en el desarrollo personal de la plantilla de las mismas. Salvo algún supuesto, la regla general ha sido la de promover la participación de los solicitantes de las ayudas en régimen de concurrencia competitiva, habiéndose cerrado el plazo de presentación de solicitudes el pasado 16.9.2011.

7. Resolución de 1 de agosto de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones destinadas a la realización de acciones de investigación e innovación, para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 157, de 11 de agosto).

Esta disposición tiene por objeto financiar las acciones previstas en el art. 57 de la Orden de 23 de octubre de 2009 de la Consejería de Empleo por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre establece, en su Capítulo III la regulación de las Acciones de Investigación e Innovación, y de manera específica sobre los temas prioritarios que se especifican para: a) Acciones de prospección y análisis, la cuales tendrán por objeto el desarrollo de acciones de investigación y prospección sobre materias o temáticas de interés para la Formación Profesional para el Empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma andaluza; b) Acciones para la elaboración y experimentación de productos, técnicas y/o herramientas de carácter innovador de interés para la mejora de la Formación Profesional para el Empleo; c) Acciones de evaluación de la Formación Profesional para el Empleo; y d) Acciones de promoción y difusión de la Formación Profesional para el Empleo; ésta pretenden promocionar y difundir las iniciativas de Formación Profesional para el Empleo, previstas en el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, para potenciar la formación entre las

empresas, trabajadores y otros agentes que participan en la misma.

El plazo de presentación de solicitudes para este tipo de actividades investigadoras o innovadoras ha sido de un mes, desde el 23 de agosto al 23 de septiembre de 2011.

8. Resolución de 1 de agosto de 2011, de la Dirección General de Formación Profesional, Autónomos y Programas para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba la convocatoria de concesión de subvenciones para el desarrollo de acciones de formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores desempleados, para el año 2011, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al amparo de la Orden de 23 de octubre de 2009 (BOJA núm. 157, 11 de agosto).

Con este programa de acciones de formación dirigidas prioritariamente a personas desempleadas, reguladas en la Sección 3.ª del capítulo II de la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía, se pretende facilitar formación ajustada a las necesidades del mercado de trabajo conforme a los requerimientos de productividad y competitividad de las empresas; y las aspiraciones de promoción profesional y desarrollo personal de las personas destinatarias.

El plazo de presentación de solicitudes para la convocatoria del año 2011 se cerró el pasado 16 de septiembre.

