TEMAS LABORALES

100/2009
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
Monográfico Especial sobre
las Relaciones Laborales en Andalucía
Volumen III

100

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

100

Vol. III

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

SECRETARIO

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

Suscripciones y distribución:
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1.ª, Sevilla (41011). Tf.955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros
BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN DISPONIBLE EN HTTP://WWW.JUNTADEANDALUCIA.ES/EMPLEO/CARL

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: PORVENIR 10 Comunicación Visual y Multimedia, S.L.
DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96 / I.S.S.N.: 0213-0750
IMPRIME: Tecnographic, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 100/2009
Monográfico especial sobre
Las relaciones laborales en Andalucía

ÍNDICE

Presentación 15
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

Prólogo 23
Comunidades Autónomas y Negociación Colectiva
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER
Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

1. **ESTUDIOS GENERALES**

Las Relaciones Laborales en Andalucía. 41
JESÚS CRUZ VILLALÓN

La situación actual del mercado de trabajo en España y Andalucía . . . 83
MANUEL ALCAIDE CASTRO

El Estatuto del trabajo autónomo: balance sumario y perspectivas . . 121
ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Responsabilidad social de la Empresa y Relaciones Laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales 143
SALVADOR DEL REY GUANTER

La Administración Laboral en España. Una aproximación crítica de síntesis. 159
JOSÉ VIDA SORIA

El seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla: Recuerdos de hace medio siglo 179
ALFREDO MONTOYA MELGAR

2. **DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA**

El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía 189
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO

La distribución de competencias en materia de inmigración 228
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Mª ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Empresas de inserción: cuestiones competenciales Estado/Comunidades Autónomas 265
EVA GARRIDO PÉREZ

Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales . . 295
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia . . 329
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

La Inspección de Trabajo en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Notas para el debate 363
MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

3. **PROTECCIÓN SOCIAL**

La protección a la dependencia en Andalucía 399
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Protección social e inmigración: la apuesta integradora en el ámbito de la asistencia social y los servicios sociales en Andalucía 439
SOFÍA OLARTE ENCABO

Naturaleza jurídica de los incrementos de pensiones fijados por la Junta de Andalucía 465
JULIA MUÑOZ MOLINA

El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad. 487
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

4. **RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO**

Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo 517
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Diálogo social y la concertación en las relaciones laborales de Andalucía 551
Mª NIEVES MORENO VIDA

Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico español 575
JAVIER CALVO GALLEGO

La experiencia en negociación como facilitadora de los procesos de mediación 613
JIMÉNA RAMÍREZ-MARTÍN
FRANCISCO J. MEDINA
LOURDES MUNDUATE JACA

Problemática de la estructura de la negociación colectiva en España . . 629
FEDERICO NAVARRO NIETO

La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 663
MANUEL CORREA CARRASCO

La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública andaluza 703
INMACULADA MARÍN ALONSO

Experiencias de negociación colectiva articulada en Andalucía: sectores de la madera y hostelería 735
Mª INMACULADA BENAVENTE TORRES
ANTONIO COSTA REYES

Quince años de elecciones sindicales en Andalucía. 781
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ

5. **POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO**

La política de empleo andaluza y su integración en el marco europeo y nacional 819
ROSA QUESADA SEGURA

Las políticas públicas de formación profesional en Andalucía ante los nuevos cambios. 841
MARÍA GARCÍA VALVERDE
CAROLINA SERRANO FALCÓN

Dialogo social y negociación colectiva en Andalucía: una óptica de género. Los planes de igualdad en las empresas en el ámbito andaluz . . 879
TERESA PÉREZ DEL RÍO

Acoso laboral y negociación colectiva en Andalucía. 923
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Contratación temporal estructural en la negociación colectiva andaluza. 967
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Ordenación y estructura salarial en la negociación colectiva Andalucía 1.021
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

La inserción laboral de los titulados universitarios: un análisis crítico-credencialista y consideraciones dimanantes del espacio europeo de enseñanza superior 1.061
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía 1.105
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada: ley y negociación colectiva en Andalucía 1.147
FERNANDO ELORZA GUERRERO

El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto1382/1985 . . . . . 1.181
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas Andaluzas 1.221
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

6. **PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Política andaluza sobre seguridad y salud en el trabajo 1.265
CARMEN SÁEZ LARA

La política andaluza de prevención de riesgos psicosociales: hacia un paradigma de cultura promocional 1.293
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía . . 1.313
Mª TERESA IGARTUA MIRÓ

Una ilusión frustrada: la anulación del pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla. 1.353
EDUARDO ROMÁN VACA

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 al conjunto de operadores que desempeñan sus tareas profesionales en campos afines a las áreas de conocimiento que conforman las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía y la Psicología Social.

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

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

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

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/lstContenidos.asp*

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 100/2009
Special Issue Monographs on Industrial Relations System in Andalusia

INDEX

Presentation 15
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Regional Employment Minister

Prologue 23
Autonomous Communities and Collective Bargaining
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
President of the Andalusian Industrial Relations Council

1. **GENERAL STUDIES**

Industrial Relations in Andalusia 41
JESÚS CRUZ VILLALÓN

The current state of the labour market in Spain and Andalusia 83
MANUEL ALCAIDE CASTRO

Statute of Self-Employed Workers' Rights: results, summary and prospects 121
ANTONIO MARTÍN VALVERDE

Corporate social responsibility and Industrial Relations: some reflection on their connections in terminology and substance 143
SALVADOR DEL REY GUANTER

Labour Administration in Spain. A summarising critical approximation. 159
JOSÉ VIDA SORIA

Seminar on Labour Law at Seville University: Memories from half a century 179
ALFREDO MONTOYA MELGAR

2. **DISTRIBUTION OF COMPETENCES BETWEEN THE STATE AND THE AUTONOMOUS COMMUNITIES**

Distribution of competences between the State and the Autonomous Community of Andalusia on issues on employment policy: prospects after the new Statute of Autonomy 189
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO

Distribution of competences with regard to immigration 228
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
Mª ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Integration undertakings: State/Autonomous Communities competence issues..... 265
EVA GARRIDO PÉREZ

Regional competences in social assistance and social services 295
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

The complex balance of competences between State and Autonomous Communities with regard to assistance to dependency 329
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Labour Inspection in the Statute of Autonomy for Andalusia. Notes for Debate 363
MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

3. **SOCIAL PROTECTION**

Dependency protection in Andalusia 399
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

Social protection and immigration: integrating commitment in the sphere of social assistance and social services in Andalusia 439
SOFÍA OLARTE ENCABO

Legal nature of the increase in pensions set by the Regional Government of Andalusia..... 465
JULIA MUÑOZ MOLINA

Andalusian solidarity programme. Minimum solidarity income 487
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

4. **COLLECTIVE INDUSTRIAL RELATIONS**

Free provision of services and collective labour law..... 517
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO AND BRAVO-FERRER

Social dialogue and agreement in industrial relations in Andalusia . 551
Mª NIEVES MORENO VIDA

Institutional participation law and industrial relations committees in the current Spanish autonomic map 575
JAVIER CALVO GALLEGO

Experience in bargaining as a facilitator in mediation processes ... 613
JIMENA RAMÍREZ-MARTÍN
FRANCISCO J. MEDINA
LOURDES MUNDUATE JACA

Problems regarding the collective bargaining structure in Spain.... 629
FEDERICO NAVARRO NIETO

Collective bargaining in the doctrine of the Supreme Court of Andalusia 663
MANUEL CORREA CARRASCO

The structure of collective bargaining in the Andalusian Public Administration 703
INMACULADA MARÍN ALONSO

Articulated collective bargaining experiences in Andalusia: wood sector and hotel and restaurant trade 735
Mª INMACULADA BENAVENTE TORRES
ANTONIO COSTA REYES

Fifteen years of union elections in Andalusia 781
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ

5. **EMPLOYMENT POLICY AND INDIVIDUAL EMPLOYMENT RELATIONS**

Employment policy in Andalusia and its integration within the European and national framework 819
ROSA QUESADA SEGURA

Public policy on professional training in Andalusia in view of the new changes 841
MARÍA GARCÍA VALVERDE
CAROLINA SERRANO FALCÓN

Social dialogue and collective bargaining in Andalusia: a gender perspective. Equality plans in the Andalusian undertakings 879
TERESA PÉREZ DEL RÍO

Harassment and collective bargaining in Andalusia 923
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Structural fixed-term contracting in andalusian collective bargaining ... 967
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Wage structure and regulation in collective bargaining in Andalusia.... 1.021
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

Labour integration of university graduates: a critical-credentialist analysis and considerations stemming from the European higher education space..... 1.061
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

Productive decentralisation in collective bargaining in Andalusia .. 1.105
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Older workers keeping employment: law and collective bargaining in Andalusia 1.147
FERNANDO ELORZA GUERRERO

Public managerial staff: an enlargment of the subjective scope of Royal Decree 1382/1985 ..... 1.181
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Industrial relations of staff at the service of Public Universities in Andalusia 1.221
PEDRO GÓMEZ CABALLERO

6. **OCCUPATIONAL RISK PREVENTION**

Andalusian policy on safety and health at work 1.265
CARMEN SÁEZ LARA

Andalusian psychosocial risk prevention policy: towards a promotional culture paradigm..... 1.293
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Gender approach to occupational risk prevention in Andalusia 1.313
Mª TERESA IGARTUA MIRÓ

A frustrated hope: the overturning of the general administrative clauses document against occupational accidents at Seville City Council 1.353
EDUARDO ROMÁN VACA

5

Políticas de empleo y relaciones individuales de trabajo

LA POLÍTICA DE EMPLEO ANDALUZA Y SU INTEGRACIÓN EN EL MARCO EUROPEO NACIONAL

ROSA QUESADA SEGURA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO **Palabras Clave: Políticas de Empleo, Andalucía**

El trabajo analiza la política de empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía desde las competencias que el nuevo Estatuto de Autonomía consolida y amplia en materia sociolaboral y desde el juego de subordinaciones que implica la vinculación de la política de empleo nacional, y con ello, la autonómica, a las orientaciones comunitarias. Entendiendo que es el ámbito regional, precisamente por su proximidad a las singularidades del mercado de trabajo y de los ciudadanos, donde las acciones que pudieran emprenderse gozarían de mayor opción de eficiencia. Desde esta perspectiva los programas de fomento de empleo regionales estarían en una magnifica posición para experimentar nuevas posibilidades de acción y para trasladar sus experiencias en un sistema horizontal de influencia mutua y coordinación.

ABSTRACT **Key Words: Employment Policy, Andalusia**

This work analyses the employment policy of the Autonomous Community of Andalusia from the competences consolidated and enlarged by the new Statute of Autonomy with regard to social and labour policy and within the subordination game which links national, and thus regional, employment policy to Community guidelines, in the understanding that the regional sphere is where the actions taken have a greater probability of being efficient due to its proximity to the singular features of the labour market and its citizens. From this approach, regional employment promotion programmes would be in an excellent position to experiment new action possibilities and to transfer their experience in a mutual influence and horizontal coordination system.

ÍNDICE

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y AUTONÓMICO
   1.1. La distribución de competencias en materia de empleo y colocación
   1.2. Los limites a la política de empleo andaluza
2. EL MARCO EUROPEO DE EMPLEO
   2.1. La vinculación de las políticas nacionales y regionales. Subordinación y complementariedad
   2.2. El cambio en el modelo comunitario.
   2.3. La mayor importancia de las políticas regionales en la EEE
   2.4. Los Programas de Reformas de España y los Programas regionales de Reformas. En especial, el andaluz
3. LAS NORMAS SOBRE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ANDALUCÍA
   3.1. Facultades de ejecución en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación
   3.2. Normas autonómicas de fomento del empleo
      3.2.1. Medidas institucionales
      3.2.2. Medidas de fomento de empleo
   3.3. Fomento del autoempleo
   3.4. Políticas activas con la finalidad de integración de colectivos socialmente marginados
4. UNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIÓN

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y AUTONOMICO

1.1. La distribución de competencias en materia de empleo y colocación

Dentro del respeto al marco genérico de competencias previsto en la Constitución respecto a la acción territorial del Estado y la distribución del poder, los Estatutos de Autonomía pueden establecer su propio ámbito competencial. Este principio dispositivo hace posible la asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias previstas en el art. 148.1 CE, lo que incluye funciones legislativas y de gestión de forma exclusiva en las materias asignadas o funciones de ejecución en aquellas otras cuyo titulo competencial corresponde al Estado. Si bien ello exige la previsión especifica en los respectivos Estatutos de Autonomía que en este sentido deben decidir las competencias que asumen dentro de las constitucionalmente posibles, de forma exclusiva o compartida y con funciones legislativas o no. En la actualidad la proliferación de normas autonómicas, de acuerdo con los nuevos Estatutos de Autonomía, esta siendo tan abundante en materia de empleo y, en general, en materia sociolaboral, que puede afirmarse que la aplicación practica de la mayor parte de las normas sociales relevantes hoy resultaría incomprensible, si no se tiene en cuenta tales normas autonómicas (J.L. Monereo Perez, 2009, LI). Y en este sentido, el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA) (L.O. 2/2007 de 19 de marzo) sigue esta misma tendencia expansiva.

De acuerdo al mismo en relación con los artículos 148 y 149 CE, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en primer lugar, la ejecución de la legislación laboral del Estado conforme a lo establecido en el artículo 149.1.7ª CE, sin perjuicio de la alta inspección del Estado –"técnica de fiscalización constitucional de la actividad económica" como califica Palomeque (Palomeque López, M.C., 2002, 1971) citando diversas resoluciones del Tribunal Constitucional– y de las reservas a favor de la Administración del Estado que puedan establecerse en materias tales como migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo y cualquier otra que le corresponda en virtud de alguna norma que no haya sido objeto de transferencia -RD 4043/1982, de 29 de diciembre sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de trabajo e igualmente RD 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el INEM en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación–. Reserva que en su momento fue matizada por la doctrina constitucional, al considerar que "los sectores materiales que, como excepción a la competencia autonómica de ejecución en materia de legislación laboral, son retenidos por el Estado en su integridad, atañen a ámbitos que desbordan los límites de lo que se viene entendiendo como régimen o materia laboral…para incidir en sectores que favorecen la colocación de trabajadores en los casos de desplazamientos de éstos – materia de competencia exclusiva del Estado en el caso de las migraciones exteriores – artículo 149.1. 2ª CE – o bien se trata de movilizar recursos financieros destinados a regular el mercado de trabajo globalmente considerado de acuerdo con el artículo 41.1 y que tiene tras si el respaldo competencial del artículo 149.1.13ª CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica –STC 249/1988–.

En segundo lugar, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, con el fundamento constitucional que le presta el artículo 149.1.13º CE -que atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia "en el fomento del desarrollo económico dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional"-, y el artículo 149.3 CE – en donde se declara que las competencias no atribuidas al Estado podrán corresponder a las CC.AA. en virtud de sus respectivos Estatutos –, la competencia sobre fomento de empleo incluida dentro de la mas amplia competencia sobre desarrollo y ejecución de la actividad económica en Andalucía de acuerdo con el artículo 58.2 del Estatuto de Autonomía.

De esta forma el "fomento del desarrollo económico y planificación de la actividad económica en Andalucía" se configura como título genérico y suficiente para justificar la asunción de competencias con carácter exclusivo por parte del Estatuto de Autonomía para Andalucía en el ámbito del fomento de

empleo, cuando, por lo demás, existe una autentica declaración institucional de la importancia – se declara como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía – "la consecución del pleno empleo, estable y de calidad" en todos los sectores de la producción y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces–. Y por ello se contempla con especial énfasis dentro de las orientaciones de políticas publicas en el Capitulo II dedicado a "Empleo y relaciones laborales", primero en el artículo 169.1 EAA – cuando se encomienda a los poderes públicos de la Comunidad fomentar el acceso al empleo de los jóvenes y "orientar sus políticas a la creación de empleo estable y de calidad para todos" con singular atención a la inserción laboral, la formación, la promoción profesional, la estabilidad en el empleo y la reducción de la precariedad laboral, con mención especial a la inserción laboral de las personas con discapacidad y de los colectivos en situación o riesgo de exclusión social–, y segundo, en el artículo 173 que afirma la autonomía de las políticas de la Comunidad Autónoma en materia de relaciones laborales, incluyendo dentro de las mismas, "las políticas activas de empleo, la intermediación y el fomento del empleo y del autoempleo".

Junto a ello, y en uso de otras competencias, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía desarrollar medidas directamente relacionadas con el estimulo del empleo, bien por la vía del fomento de la economía social o bien, mediante el complemento y desarrollo de las políticas de protección social.

En el primer caso, el artículo 58.1.4º EAA declara la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de "fomento, ordenación y organización de cooperativas", lo que desarrolla el articulo 172 EAA cuando establece las correspondientes facultades normativas para regular políticas publicas de apoyo y fomento a "las cooperativas y demás entidades de economía social". Mientras que en el segundo caso, el artículo 61.1 EAA en correspondencia con el artículo 148.1. 20 CE considera competencia autonómica exclusiva la Asistencia y servicios sociales, que incluyen "la regulación y aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social". En este sentido y dentro de la protección asistencial, las rentas mínimas de inserción contemplan, entre sus finalidades, la inserción laboral de los beneficiarios. Un nuevo enfoque, como se sabe, a las políticas asistenciales que modifica el sentido de la ayuda hacia la integración, a través del trabajo de colectivos considerados de exclusión social (J.L. Monereo Pérez. y C. Molina Navarrete, 1999, 7 y ss.).

En síntesis, y de acuerdo con la distribución de competencias que permite el marco constitucional y autonómico, corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía las siguientes competencias en materia de empleo: facultades de ejecución en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación; competencias legislativas, que permiten la puesta en marcha de programas de empleo auto-

nómicos; el fomento de la economía social y el autoempleo; y, finalmente, la capacidad de establecer políticas de protección social de carácter asistencial y con la finalidad de integración de colectivos socialmente marginados a través del trabajo y la formación.

1.2. **Los límites a la política de empleo andaluza**

No obstante deben tenerse en cuenta tres importantes limitaciones a la política de empleo autonómica. La primera limitación procede del propio reparto competencial establecido en el artículo 149.1 7ª CE. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina del Tribunal Constitucional, las competencias relativas al fomento del empleo no legitiman a la Comunidad Autónoma para invadir la competencia legislativa del Estado en materia laboral. Por ello, en la ordenación y regulación del fomento de empleo la competencia autonómica puede incentivar, subvencionar, organizar, seleccionar colectivos, poner en marcha proyectos específicos, favorecer el autoempleo…cualquier medida que contribuya al fin propuesto, pero siempre que no invada las competencias legislativas que corresponde al Estado, como sería, por ejemplo, si se pretendiese alterar los diferentes tipos de contratos de trabajo, o modificar el régimen previsto para la extinción de la relación laboral…ya que "ni las reglas relativas al fomento del empleo, ni la política de subvenciones puede alterar el orden constitucional de competencias"– SSTC 30/1982, 95/1986, 145/1986, 201/1988 y 360/1993–. De esta forma, la importante limitación que supone la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral, reduce las posibilidades de actuación de la política de fomento de empleo andaluza al establecimiento de estímulos a la contratación, principalmente de carácter económico, formativo y de asesoramiento – aquí entra la subvención a determinadas modalidades de contratos de trabajo, la formación profesional gratuita y la asistencia técnica en materia laboral –; mientras que le queda vedada la importante vía de impulso a la contratación que permitiría la posibilidad de regulación del contrato de trabajo, que no tiene porque ser exclusivamente introductora de reglas de flexibilidad a través de la desregulación de condiciones de trabajo, sino también de reglas singulares en atención a las circunstancias del mercado de trabajo regional y de los colectivos a los que la norma de promoción va destinada. Pero como se sabe, la reserva competencial a favor del Estado responde a la garantía del principio de igualdad, valor superior de nuestro ordenamiento que proclama el artículo 1 CE y es principio general "De la Organización Territorial del estado", conforme a los artículos 137 a 139 CE.

La segunda limitación proviene de la reserva que goza la Administración del Estado en la gestión de las políticas pasivas de empleo o de protección por desempleo –al ser materia que corresponde al régimen económico de la Segu-

ridad Social y por tanto de competencia exclusiva del Estado de acuerdo al artículo 149.1.17º CE- y en consecuencia el reconocimiento del derecho a las mismas y el pago de las prestaciones que correspondan continúan siendo competencia del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Como lo siguen siendo las correspondientes al Programa de Empleo Agrario, que el Gobierno considera política pasiva de empleo.

La tercera, finalmente, es consecuencia de la sujeción de la competencia autonómica a "los objetivos marcados por la política económica nacional", de acuerdo al artículo 148.1. 13ª CE, así como de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales según el artículo 149.1. 3º CE. En este caso, razones institucionales justificarían que, en presencia de tales objetivos, cediese la autonomía competencial en favor de la acción estatal.

La incorporación de España a una comunidad supranacional como es la Unión Europea, supuso, en el ámbito que nos ocupa, la subordinación de la política nacional de empleo a la política común de empleo europea. Así se declara en el artículo primero de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, cuando afirma que ésta se desarrollará dentro de las orientaciones generales de la política económica "en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea", asignando al Gobierno la planificación y la coordinación de las políticas de empleo a través de los Planes nacionales de acción para el empleo, mientras que a las comunidades autónomas se le atribuye, como papel menor, la participación en la elaboración de los mismos; en este sentido, los diferentes Planes de Acción para el Empleo del Reino de España, desde el primero, -abril de 1998-, hasta el último Programa Nacional de Reformas – Marco Estratégico Nacional de Referencia de España para el periodo 2007-2013, abril de 2007 - se autodefinen como resultado de la acción coordinada del Gobierno, de las actuaciones de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y del Dialogo Social cuando afirman :"las Comunidades Autónomas han colaborado con plena eficacia…elaborado planes territoriales que se ensamblan en este documento".

Pese a ello, lo cierto es que el Estado es el único interlocutor válido en la Unión Europea y frente al Consejo y la Comisión europeos en materia de empleo. Lo que supone que los diferentes Planes de Acción anuales y en la actualidad el Programa Nacional de Reformas al venir relacionando las políticas regionales de empleo a la nacional, la han relacionado, en definitiva, a la política comunitaria en cuanto que la nacional se incardina y queda vinculada por ésta. Lo que, sin duda, supone una importante remisión en la autonomía de las administraciones autonómicas - y locales - al respecto (R. Quesada Segura, 2003).

En resumen, el reparto de competencias de acuerdo con la Constitución y el EAA permite una política andaluza de fomento de empleo autónoma, en la

medida que procede de una ordenación legislativa propia y que cuenta con sus propios medios de financiación, pero, sin embargo, las obligaciones derivadas de los compromisos comunitarios sobre el empleo asumidos por el Estado español, limitan considerablemente tal autonomía, al vincularla a las políticas de empleo nacional y europea.

2. EL MARCO EUROPEO DE EMPLEO

2.1. La vinculación de las políticas nacionales y regionales. Subordinación y complementariedad

La importancia del desempleo como la principal cuestión social de la Unión Europea, y la consecución del pleno empleo, como interés comunitario que acompaña la creación del Espacio Social, comienza principalmente a partir del Tratado de Ámsterdam que modifica el Tratado de la Comunidad introduciendo en su artículo 2 (como finalidad) "la promoción de una coordinación entre las políticas de empleo de los Estados miembros para reforzar su eficacia por medio de la elaboración de una estrategia coordinada a favor del empleo"-, así como un nuevo Titulo, el VIII, en donde se diseña la Estrategia Europea de Empleo que a partir de entonces va a condicionar las políticas de empleo de los Estados miembros al cumplimiento de las concretas orientaciones comunitarias - que desde el año 2000 pasan a ser obligatorias al ser aprobadas por medio de Decisiones -, y sujetas al control del Consejo y de la Comisión a través del largo procedimiento diseñado en el artículo 128 TCE. Quedando también, a partir de entonces, vinculadas a la política de empleo comunitaria, las políticas de fomento de empleo de las Comunidades Autónomas, no sólo porque los Gobiernos regionales y locales se incluyen en la definición de Gobierno – Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo, 15 de octubre de 1985)– y por tanto entran dentro de los compromisos asumidos a nivel nacional, sino también porque son éstos los responsables últimos de la aplicación del acervo comunitario en muchos ámbitos y entre ellos, el de la gestión de los Fondos Estructurales comunitarios y la política medioambiental.

Con lo que se llega a otra importante vía que liga las políticas regionales de empleo a las orientaciones comunitarias y al consiguiente procedimiento de control europeo. Y es que, la financiación de los programas realizada a cargo de cualquiera de los Fondos estructurales europeos - el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) . A los que deben unirse el Instrumento Financiero de Orientación de la Pesca (IFOP) y el Fondo de

Cohesión creado a partir del artículo. 161 TCE (regulados conjuntamente en el Reglamento CE 1083/2006, que deroga el Reglamento CE 1260/1999) – queda condicionada al cumplimiento de alguno o algunos de los objetivos marcados en las orientaciones de empleo europeas. Ejemplo de ello, el Programa comunitario para el empleo y la solidaridad social – Progress (2007-2013) aprobado mediante Decisión 1672/2006/CE – cuando declara como finalidad "el aportar ayuda financiera a la realización de los objetivos de la Unión Europea en el ámbito del empleo y los asuntos sociales" a fin de cumplir con los presupuestos marcados en la renovada Estrategia de Lisboa.

El vincular la concesión de las ayudas al cumplimiento de los objetivos de empleo comunitarios, refuerza la Estrategia Europea y sin duda contribuye de forma notable al logro de una, cada vez más amplia comunidad de Estados en la pretensión de hacerla económicamente homogénea, equilibrada y dotada de mayor cohesión social, pero a su vez supone un mayor grado de intervencionismo y control de las instituciones comunitarias, con lo que ello supone de burocratización y rigidez en el procedimiento. Es por esto que, a partir del impulso al Método Abierto de Coordinación que viene a reparar tales planteamientos el Reglamento CE 1083/2006, aun manteniendo intactos los principios básicos – de concertación, solidaridad y proporcionalidad– que identifican desde su creación a los Fondos Estructurales, introduce tres nuevos principios– el de convergencia, el de competitividad regional y empleo y el de cooperación territorial europea – que contemplan acciones de coordinación interadministrativa entre las diferentes instituciones publicas que intervienen, lo que favorece la descentralización y refuerza el principio de subsidiariedad.

Pues bien, Andalucía fue declarada "región de convergencia", y por tanto, objetivo 1 de los Fondos Estructurales desde el periodo 1994-1999 hasta el momento presente que de nuevo ha sido considerada de igual forma –Decisión 2006/595/CE de la Comisión, de 4 de agosto de 2006 –, lo que supone su inclusión en la lista de las regiones que pueden recibir financiación de los Fondos Estructurales con arreglo al objetivo de Convergencia para el período 2007-2013. Algo que no puede dejar de considerarse de forma positiva, teniendo en cuenta que la reforma de la política de Cohesión europea para dicho período financiero, fruto sobre todo de la ampliación de la Unión a los diez países de Europa Central y Oriental, ha supuesto un cambio significativo con respecto a los períodos de programación anteriores y no sólo en lo que se refiere a las distintas orientaciones estratégicas a seguir dentro de la política regional, sino también a la reasignación de recursos destinados a ayudas estructurales. Pero también una nueva limitación a la política autonómica, al garantizarse, por esta vía, un mayor grado de sujeción de los objetivos autonómicos andaluces a las orientaciones europeas.

2.2. **El cambio en el modelo comunitario**

El Titulo VIII TEU solo reconoce a los gobiernos subestatales, es decir, local y regional, competencias consultivas – y ello, además de forma indirecta cuando en el artículo 129 se confiere tales competencias al Comité de Regiones–. Como bien se sabe el modelo europeo que se diseña en el artículo 128 TEU se basa en un sistema dirigista y unidireccional en donde "las orientaciones, las experiencias y las buenas practicas fluyen en una sola dirección, a modo de recetas, desde la Comisión o los gobiernos de los Estados miembros hacia las regiones y los ámbitos locales, sin que las experiencias positivas que se ensayan con éxito en estos contribuyan suficientemente a enriquecer el modelo comunitario" (J. Cabeza Pereiro, 2007, 44).

Que no se tuvo en cuenta otra forma de participación resulta evidente, especialmente en el artículo 128 TEU, desconociendo la importante función que los gobiernos regionales pueden desarrollar en esta materia, cuando precisamente, el sistema político-legislativo comunitario se basa en el principio de subsidiariedad, desde el momento que predica que el nivel más próximo al ciudadano es el más indicado para actuar. El ámbito regional es donde, precisamente, por su proximidad a las singularidades del mercado de trabajo y de los ciudadanos, las acciones que pudieran emprenderse gozarían de mayor opción de eficiencia. Desde esta perspectiva los programas de fomento de empleo regionales estarían en una magnifica posición para experimentar nuevas posibilidades de acción y para trasladar sus experiencias en un sistema horizontal de influencia mutua y coordinación.

Lo que comienza a reconocerse, conforme se analizan los resultados – decepcionantes – de los primeros tiempos de inicio de la Estrategia Europea de Empleo (EEE). El nuevo cambio en la política europea de empleo surge de la constatación de la falta de eficacia para lograr resultados en el sentido de resultados realmente adecuados en proporción a la inversión realizada (LL. Finas Sanglas, 2001, 270). Y es que, si desde el interés político, la incorporación de las Directrices comunitarias a las políticas nacionales de los Estados miembros, en cuanto significa la superación del carácter nacional de las mismas, puede parecer un acierto indudable, se falla, no obstante, en la técnica que considera que las políticas activas debe convergir en el grado de "esfuerzo" lo que lleva a poner en práctica medidas costosas y totalmente inútiles mientras que se olvida la profunda diversidad de las economías y de los mercados de trabajo de los Estados miembros y de las regiones tan diversas que los mismos incluyen.

Sin duda se trata de problemas que obedecen a la dinámica propia de las organizaciones supranacionales, que deben corregirse a través de un nuevo enfoque. Es decir, modificando el procedimiento de tal forma que sea más participativo que dirigista, más abierto a iniciativas libres y de base que impositivo,

y cuyo grado de esfuerzo – económico, político, social - fuese proporcional a tales iniciativas. Y todo ello bajo un sistema de coordinación y control más flexibles, más ligeros y sobre todo distinto del "mecanismo de vigilancia multilateral de las políticas macroeconómicas" creado en el Titulo VIII del Tratado.

En el análisis contenido en los Informes I y II Kok – con los indicativos títulos "*Jobs, jobs, jobs*" (noviembre 2003), y "*Facing the challenge the Lisbon strategy for growth and employment*" (noviembre 2004) – (W. Kok) sobre los resultados alcanzados en el empleo y los nuevos retos y estrategias a seguir tras Lisboa, se considera que la fijación de un numero excesivamente amplio de objetivos a alcanzar, produce el efecto negativo en la acción – que se quiere - coordinada de los Estados, a la vez que señala la necesidad de mayor coherencia y convergencia entre las instituciones europeas y nacionales. Y lo que ahora más importa, considera que en los países con estructuras políticas descentralizadas, debe trasladarse el método abierto de coordinación, entre los niveles gubernamentales "nacional y regional" ya que ello "implicaría introducir una abierta y trasparente negociación entre los gobiernos nacional y regional con vistas a acordar objetivos regionales y mecanismos de información y control".

El llamado Método Abierto de Coordinación (MAC), creado en el marco de la política de empleo y el proceso de Luxemburgo, como un instrumento de la Estrategia de Lisboa (2000), se define como "un planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de subsidiariedad en el cual, la Unión, los Estados miembros, los niveles regionales y locales participan activamente mediante distintas formas de colaboración" (DOUEL 2005). Este método consiste, básicamente en que el objetivo de convergencia entre las políticas nacionales se realiza mediante la evaluación y control entre los propios Estados Miembros de las políticas de los demás, reservándose la Comisión únicamente la función de supervisión. En el marco de esta "evaluación comparativa", los Estados miembros se implican y conocen los resultados de los demás e intercambian, en consecuencia, las mejores practicas. En este sentido la aplicación del MAC en el marco de la política de empleo debe contribuir a un mayor equilibrio institucional desde el respeto al principio de subsidiariedad y de la diversidad. Como se ha señalado, el MAC permite "nuevas políticas de la Unión que buscan alternativas o complementos a los instrumentos tradicionales legales y de armonización por las limitaciones intrínsecas de estos, los limites que para su establecimiento derivan de los Tratados y las crecientes dificultades para su adopción" (M. Rodríguez-Piñero, 2005, 5).

Se trata, por tanto de favorecer políticas estratégicas con un mayor nivel de descentralización, coordinadas, no obstante, en base a objetivos comunitarios fijados por la Comisión y basadas en el conocimiento mutuo por parte de los Estados de las experiencias positivas susceptibles de ser conocidas compartidas y practicadas por el resto de los Estados miembros. La cuestión es que, en este

caso, pueden quedar fuera de esta difusión las practicas instauradas a nivel regional al no tenerse en cuenta, a priori, formulas para incluir las medidas que provienen de estas fuentes en los procedimientos de información previstos. En este sentido "el MAC se ha revelado como un método de coordinación intergubernamental pero que, sin embargo, no se extiende debidamente a los ámbitos local o regional" como tampoco es útil en la comunicación con los agentes sociales ni ha desarrollado mecanismos eficaces para fomentar la participación de la sociedad civil (E. Terradillos Ormaetxea, 2006, 90). Lo que no deja de ser contradictorio con el reconocimiento del importante potencial que supone el desarrollo de políticas específicas en los niveles regional y local.

2.3. **La mayor importancia de las políticas regionales en la EEE**

La declaración de que es necesario reforzar los niveles regionales y locales reduciendo el papel del Estado central y promoviendo un mayor uso del potencial desarrollo de políticas estratégicas en tales niveles, es objeto de la Comunicación de la Comisión europea sobre el "Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo" – COM (2001)– cuando afirma que "los actores regionales y locales deberían disponer de mayor información e implicarse en el proceso de la EEE y al mismo tiempo deberían utilizar mejor los instrumentos y políticas existentes a escala comunitaria, nacional y subnacional". Y entre las acciones concretas de estrategias locales de fomento de empleo, la Comunicación recoge la interacción entre los actores regionales, nacionales y comunitarios y el intercambio de información entre todos los actores públicos y privados que intervienen en la EEE.

Por otra parte la necesidad de establecer un cambio en la estrategia europea hacia un modelo más participativo y menos dirigista, parece vislumbrarse en el Consejo Europeo de Bruselas (marzo, 2003) en donde se declaran como objetivos la coordinación integral de las políticas económicas y de empleo así como una mayor simplificación en las Acciones propuestas. Y se concreta en el documento "El futuro de la Estrategia Europea de Empleo" – subtitulado: "Una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos"- , Comunicación del de la Comisión al Consejo al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Bruselas, 2003), en donde se señalan, una vez más, las principales cuestiones que originan la falta de operatividad de la Estrategia, concretando en la necesidad de simplificar las Directrices de Empleo, hacerlas más estables – es decir, por ciclos superiores al año – y orientadas a la consecución de resultados concretos. Por lo demás se mantienen como objetivos, el pleno empleo, la calidad y productividad en el trabajo, y la cohesión social en un mercado de trabajo inclusivo.

En consecuencia, las primeras Directrices integradas que unen, en un único texto, directrices de política económica y directrices de política de empleo – aprobadas por Decisión 2005/600/CE para el periodo 2005-2008 – como reconocimiento de que las políticas macroeconómicas y de empleo están interrelacionadas entre si y deben reforzarse mutuamente, simplifican a quince las orientaciones de empleo propuestas. E importante en el punto que nos interesa, en cuanto fortalecen la estabilidad de los Programas nacionales a través del estableciendo periodos mayores de tiempo y de la reducción significativa de los procesos de verificación y control, y la descentralización regional, al considerar que en la plasmación de las directrices – en medidas de política nacional y subnacional- deben fijarse objetivos específicos en función de las diferencias nacionales y regionales. En este sentido la Unión Europea se dota de instrumentos específicos destinados a mejorar su modo de gobernanza, a través de estos ahora llamados Programas Nacionales de Reforma (PNR) con el objetivo de adaptar las orientaciones comunitarias a la situación nacional de cada país.

Este nuevo enfoque supone que deben establecerse a su vez nuevas reglas de coordinación de las diferentes competencias a estos tres niveles- comunitario, estatal y regional-. El sistema diseñado de distribución de competencias atribuye a la Unión Europea la definición de la política de empleo y la articulación de las prioridades, es decir, la planificación, la coordinación y el control de las políticas de empleo nacionales, mientras que a los Estados se le asigna el control de los resultados finales, y a las regiones se les adjudica la responsabilidad de la aplicación de tales políticas en su ámbito concreto.

2.4. **Los Programas de Reformas de España y los Programas regionales de Reformas. En especial, el andaluz**

Atendiendo a este nuevo planteamiento, el Programa Nacional de Reformas de España sobre la Convergencia y el Empleo (octubre 2005), incluye y fomenta la participación de las Comunidades Autónomas en las políticas en las que incide este Programa, principalmente a través de dos vías: por una parte, potenciando que se creen Programas regionales de Reformas, singulares y propios pero con objetivos y medidas coordinadas con el Plan Nacional. Y en segundo lugar, y en consecuencia, estableciendo la figura del coordinador general de la Estrategia de Lisboa en cada Comunidad Autónoma con la función de supervisar las áreas relacionadas con la Estrategia Europea en su Comunidad.

Es decir, se garantiza la subordinación de las políticas de empleo regionales a los objetivos comunitarios ordenando las acciones en los tres niveles competenciales, mediante las siguientes vías: estableciendo la colaboración en la en la elaboración de los Programas Nacionales, participando en el Informe

anual de valoración de los resultados obtenidos, e incluso, mediante la traslación de las líneas de actuación comunitarias al contenido de los propios Programas autonómicos. Si bien, y de acuerdo al principio de cercanía, orientadas a las necesidades, los medios, la estructura productiva y las características de los mercados de trabajo locales y regionales.

En la evolución contenida en el segundo Informe de Progreso (octubre 2007), en el que se recogen los avances conseguidos en España en relación a los dos objetivos prioritarios de convergencia en renta y de tasa de empleo, se señala como algunas Comunidades Autónomas han ido estableciendo sus propios Programas de Reformas autonómicos y se refiere de forma destacada al Programa de reformas andaluz que se recoge en el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (25 enero, 2005).

Se trata de un Programa articulado de acuerdo a los objetivos del Plan Nacional y de la Estrategia de Lisboa renovada cuyo índice de pertinencia busca, pero sobre la base de la realidad económica y social andaluza y que tiene la principal virtud de ser producto de un Pacto social. Con lo que se cumplen a la vez dos objetivos, la inclusión del dialogo social en los programas de Reformas, como venía siendo demandado desde la Comisión europea y por otra parte, la garantía de eficacia en la consecución de las estrategias previstas que genera el compromiso de los agentes sociales.

Es además un programa transversal en donde la materia económica y de empleo se complementan con otra serie de medidas que coadyuvan a la finalidad de conseguir lo que se ha venido denominando como "cultura de la calidad en el empleo" y que comprende todo un decálogo de acciones dirigidas a la creación de empleo estable, a la mejora de las relaciones laborales y al desarrollo de determinados derechos vinculados al acceso al empleo, como la igualdad real entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida laboral y familiar, la formación a lo largo de toda la vida activa y la seguridad y salud en el trabajo, en línea con la definición comunitaria de calidad en el empleo (Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones con el título de "Políticas sociales y de empleo – Un marco para invertir en la calidad", COM (2001), de 20 de junio de 2001). Y dentro de ese conjunto se destacan determinadas materias que se quieren mejorar en el mercado de trabajo andaluz en ese acercamiento a la consecución de la cultura de la calidad en el empleo, como el fomento del empleo de los jóvenes, el reconocimiento de las distintas realidades de los territorios de Andalucía y la valoración de la diversidad y, en consecuencia, la garantía de la igualdad.

Este objetivo se concreta y mejora en el Libro Blanco sobre calidad en el Empleo en Andalucía: Estabilidad y Seguridad Laboral (febrero, 2005). Ahora, el nuevo enfoque de las políticas de empleo pretende superar el aparente antagonismo que se presenta entre la protección de la calidad en el empleo y la

flexibilidad requerida por las empresas para adaptarse a los cambios requeridos por el mercado de trabajo.

Comienza el Libro Blanco definiendo como rasgo característico del mercado de trabajo andaluz, el de su excesiva tasa de temporalidad – y lo explica, por la falta de especialización productiva de calidad y de formación relevante del trabajador-, y como la principal cuestión el combatir la excesiva siniestralidad laboral. Y entre el conjunto de medidas propuestas dirigidas al fomento del empleo de calidad se encuentran las siguientes: la adaptación y el reparto del tiempo de trabajo, el fomento del empleo autónomo; y las ayudas a la movilidad geográfica. En cuanto a potenciar la oferta de empleo, se contempla la modernización de las estructuraras empresariales, con particular atención a las pequeñas empresas, y el apoyo a empresas con gran incidencia en el mercado de trabajo. De forma especial se contemplan las medidas dirigidas a fomentar el empleo de las mujeres, favoreciendo su contratación en sectores y actividades predeterminadas, junto con medidas de apoyo a la conciliación de la vida familiar y profesional, formación y promoción profesional. Y, finalmente, algo muy importante en la administración andaluza: medidas administrativas dirigidas a agilizar la concesión de ayudas públicas y prestación de servicios por la Administración andaluza.

Y en cuanto a la definición de la política de empleo se afirma que ésta debe ser transversal con concreción en las propuestas y en los resultados, que no deben estar concebidas en términos generalistas y abstractos, sino diversificadas y concretadas atendiendo a una serie de factores que procuren su máxima eficacia. Y de forma relevante se declara que las políticas de fomento de empleo deben concebirse en clave de diversidad. Diversidad respecto al resto de políticas autonómicas y diversidad interna refiriéndose a la necesidad de que existan planes y programas de empleo a nivel local.

En el siguiente Informe Anual de Progreso 2008 del Programa Nacional de Reformas, se recogen ya un número importante de programas regionales para la competitividad y el empleo vigentes en las distintas Comunidades Autónomas. Lo significativo es que, pese a que se reconoce la necesidad de que tales Planes se coordinen – entendida la coordinación básicamente como análisis horizontal, más que fiscalizador, de las experiencias de cada territorio –, lo cierto es que cuando efectivamente el Informe hace referencia a coordinación, lo hace desde el punto de vista de la relación de cada uno de estos programas con el Plan Nacional de Reformas. Y, a modo de indicación, en el Anexo, se recogen dos programas de la Comunidad Autónoma de Andalucía de carácter económico, el Plan Económico de Andalucía Siglo XXI y la Estrategia para la competitividad de Andalucía 2007-2013–

Por último en el reciente Marco Estratégico Nacional de Referencia de España para el periodo 2007-2013 (abril, 2007) se trasladan las Directrices Estratégicas Comunitarias en materia de cohesión al contexto especifico de las

regiones españolas, individualizando la estrategia general definida a nivel de la Unión Europea en torno a cinco ejes: fomento del empleo, adaptación de los trabajadores y adaptación de las empresas; inclusión social e igualdad de oportunidades; formación y recursos humanos; transregionalidad y transnacionalidad y asistencia técnica.

Se trata de un reconocimiento claro de que la capacidad real de España de afrontar los retos del futuro depende en gran medida de las políticas desarrolladas en el ámbito autonómico. No obstante el problema continúa siendo el mismo de falta de coordinación y colaboración denunciada en el ámbito europeo. Frente a la diversidad de experiencias acumuladas surge la necesidad de la coordinación porque fomenta el aprovechamiento de las externalidades de las acciones de otros y la imitación de las mejores practicas. Sirva de ejemplo en este punto el RD 1722/2007 por el que se desarrolla reglamentariamente el Sistema Nacional de Empleo, cuya principal novedad es la creación del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, como órgano consultivo en materia de política de empleo, integrado por representantes de la Administración central, de cada comunidad y ciudad autónoma y de las organizaciones empresariales y sindicales, con la función, entre otras de proponer mecanismos que garanticen la coordinación y la cooperación entre el SPEE y los SPE autonómicos en los respectivos ámbitos de competencia en materia de empleo, formación y política laboral de emigración, con especial atención a las políticas activas de empleo.

3. LAS NORMAS SOBRE EMPLEO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ANDALUCÍA

De acuerdo con las reglas constitucionales y estatutarias corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía un muy amplio conjunto de competencias en materia de empleo. Competencias de ejecución y, especialmente, de regulación que en su mayor parte recogen las medidas y acciones de política de empleo contenidas en los Programas, que acaban de citarse, y en las grandes líneas de acción definidas en el Estatuto de Autonomía.

Corresponde a la Comunidad Andaluza de acuerdo con sus Estatutos una serie de competencias que resumidamente son las siguientes: facultades de ejecución en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación; competencias legislativas, que permiten la puesta en marcha de programas de empleo autonómicos; el fomento de la economía social y el autoempleo; y, finalmente, la capacidad de establecer políticas de protección social de carácter asistencial y con la finalidad de integración de colectivos socialmente marginados a través del trabajo y la formación.

3.1. Facultades de ejecución en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación

La Ley 4/2002, de 16 de diciembre del Parlamento de Andalucía creó y puso en marcha el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), órgano autonómico que asume en el ámbito andaluz diversas funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de empleo y formación. En este sentido corresponde al SAE las competencias de ejecución referentes a la intermediación laboral – la inscripción y registro de los demandantes de empleo, el registro de los contratos laborales legalmente exigibles; la autorización de las agencias de colocación cuyo ámbito de actuación no supere el del territorio de la Comunidad Autónoma; y las funciones del Servicio Publico de Empleo Estatal relativas a las actividades de la red EURES –; en materia de gestión y control de las políticas de empleo, la gestión de las subvenciones y ayudas públicas para el fomento de empleo que provienen de la Administración del Estado a través del Servicio Publico de Empleo Estatal (SPEE); así como la organización y articulación de los convenios con las entidades asociadas de los servicios integrados para el empleo, la gestión y control de los programas nacionales de escuelas taller y casas de oficios, e, igualmente, la gestión de los centros nacionales de formación profesional ocupacional, el control de las comisiones ejecutivas provinciales y comisiones de seguimiento de la contratación laboral, así como, la potestad sancionadora en materia de empleo, además del resto de funciones que, correspondiendo al SPEE hayan sido trasferidas, salvo las referentes a las prestaciones por desempleo y la gestión de los fondos de las subvenciones que no formen parte del coste efectivo asumido, conforme a la legislación del Estado, dado su carácter de fondos de ámbito nacional y de empleo.

Por otra parte, el Programa de Iniciativas Locales de Empleo y Agentes de Empleo y Desarrollo Local (Orden de 12 de abril de 1994) que fomenta el empleo local desde la Administración central del Estado, sirvió – y sirve – como forma de potenciar el papel de las corporaciones locales como generador de la creación de empleo. La finalidad de las Iniciativas Locales de Empleo es la de incentivar y subvencionar proyectos empresariales innovadores, generadores de empleo que utilicen recursos locales o comarcales ociosos o infrautilizados, debiendo cumplir para ello diversos requisitos entre los que están el que sean promovidos, participados o cofinanciados por Corporaciones Locales o por Comunidades Autónomas y que generen puestos de trabajo estables.

En este sentido la Orden de 15 de julio de 1999, por la que se establecen las bases de concesión de subvenciones públicas para el fomento del desarrollo local e impulso de los proyectos y empresas calificados como I+E, retoma y reactualiza el dispositivo normativo de apoyo a las iniciativas locales, así como la figura y las funciones de los agentes de empleo y desarrollo local, gestio-

nando para ello las ayudas y subvenciones con cargo a los Presupuestos del INEM (SPEE). Corresponde a las Administración autonómica favorecer las condiciones para favorecer el empleo en el ámbito de las Administraciones locales para que en tal ámbito las mismas actúen como impulsores del desarrollo local, desde el supuesto de que es aquí donde existen espacios productivos no explorados y, por tanto, susceptibles de generar empleo. A partir de esta idea se crearon los Servicios Integrados para el Empleo – SIPES – (Real Decreto 735/1995, de 7 de mayo).

3.2. **Normas autonómicas de fomento del empleo**

3.2.1. ***Medidas institucionales***

Dentro de los Programas de Fomento de Empleo de la Junta de Andalucía se inicia en 1995 el Programa llamado de "Creación de instrumentos de apoyo a la creación y mantenimiento de empleo". Su finalidad es la investigación y desarrollo de las posibilidades de empleo social mediante la contratación y mantenimiento de unidades y agentes locales de promoción de empleo De acuerdo al mismo se realizan diferentes proyectos, como el de Creación de medidas para la ejecución en el territorio de programas y acciones de desarrollo local (aprobado por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, abril 2003).

En el mismo sentido, la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico –Orden de 29 de mayo de 2001(BOJA de 5 de junio), modificada a su vez por la Orden de 19 de diciembre de 2001 (BOJA 29 de diciembre)– establece el Programa de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico como instrumentos de cooperación con las corporaciones locales de Andalucía. Se crean de este modo en aquellas Corporaciones Locales y Consorcios cuyos ámbitos de actuación coincidan con los municipios señalados como sedes para cada una de las zonas que se indican en el Anexo final de esta Orden, las llamadas UTEs que van a asumir en tales ámbitos una serie de funciones entre las que destacan la de información, prospección del mercado de trabajo, promoción del autoempleo, animación a la creación de empresas…En este caso la financiación corresponde a aportaciones de la Consejería de Empleo y de las propias Entidades beneficiarias que hayan suscrito el Convenio de Cooperación correspondiente.

3.2.2. ***Medidas de fomento de empleo***

En líneas generales los programas de fomento de empleo aprobados por el Gobierno autonómico hasta el momento presente mantienen dos constantes. La

primera, relacionada con el tipo de ayuda concedida, mantiene en el ámbito andaluz las mismas pautas de incentivo a la colocación que han definido las estatales para la generación de empleo estable. Es decir, mediante una subvención de carácter económico correspondiente a un porcentaje determinado sobre la cuota empresarial a la Seguridad Social por gastos comunes. Si bien en este caso, en lugar de bonificar la cuota empresarial, se opta por conceder una ayuda a las empresas mediante cantidades, a tanto alzado y de carácter variable, en función del supuesto bonificado, por la contratación de trabajadores desempleados o que modifiquen su contrato temporal a uno estable La posibilidad de concurrencia y compatibilidad entre las ayudas comunitarias, estatales y autonómicas – en casos especiales –, viene a reforzar en el seno de la Comunidad Autónoma el fomento de la colocación, con los limites que en las mismas se establecen.

Y la segunda, en función del sujeto cuyo empleo se quiera incentivar, por tanto en línea con las orientaciones comunitarias, priorizando la contratación de colectivos – mujeres, jóvenes, parados de larga duración, personas con discapacidad, sujetos próximos a la exclusión social…– caracterizados por su mayor dificultad de acceso al mercado laboral.

El Decreto 199/1997, de 29 de julio, inicia la actuación de la Junta de Andalucía en esta materia. En este Decreto se desarrollan hasta un total de siete Programas de Fomento de Empleo, dirigido a la inserción laboral de los jóvenes, el apoyo al empleo de la mujer, la creación de empleo entre los colectivos con mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo…–. Otros programas son el de apoyo al autoempleo o el destinado a generar el desarrollo local o comarcal del empleo.

Merece destacarse entre éstos, el programa de fomento de empleo mediante fórmulas de organización del tiempo de trabajo – que pronto fue derogado y sustituido por otro especifico y más extenso contenido en el Decreto 11/1999, de 26 de enero–. Se trata de una línea de acción que favorece la contratación de colectivos determinados aprovechando un reparto razonable y solidario del volumen de trabajo, principalmente mediante la reducción de la jornada y la reorganización del tiempo de trabajo.

Es una idea que desde el año 1996 se adapta prácticamente en todas las Comunidades Autónomas, y que con igual regularidad aparece contenida en los Pactos de Empleo, adoptados por los agentes sociales y los Gobiernos Autonómicos.

En cuanto a las ayudas económicas vinculadas a la celebración de nuevos contratos, las normas en vigor en la actualidad son el Decreto 149/2005 y la Orden de 21 de julio de 2005, en donde se establecen los Incentivos a la contratación con carácter indefinido en la Comunidad Autónoma de Andalucía, seleccionando como colectivos priorizados las mujeres en sectores y profesiones en

las que se encuentren subrepresentadas, las mujeres incorporadas tras la maternidad y tras la atención a personas dependientes, los jóvenes menores de treinta años, las personas paradas de larga duración, los mayores de cuarenta y cinco años, las personas con discapacidad, así como un conjunto de colectivos que se consideran más vulnerables – mujeres victimas de violencia de género, personas con discapacidad, exreclusos, drogodependientes rehabilitadas, usuarias de programas de solidaridad, inmigrantes, pertenecientes a minorías étnicas y demás personas desfavorecidas –. Como incentivos a las empresas por la contratación – distinguiendo si son de menos de 250 trabajadores o de más de ese número, y dentro del primer grupo, en función del número concreto de la plantilla – se asigna una cantidad a tanto alzado por cada una nueva contratación o conversión de empleo temporal en estable, reduciéndose proporcionalmente la ayuda económica si la contratación es a tiempo parcial, en función a la jornada sin que ésta pueda ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en computo anual.

3.3. **Fomento del autoempleo**

El autoempleo se ha venido regulando en nuestra Comunidad Autónoma por el Decreto 141/2002 de 7 de mayo sobre incentivos, programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo, derogado parcialmente por el decreto 175/2006 de 10 de octubre por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del trabajo autónomo en Andalucía – y en la Orden de 15 de marzo de 2007 en donde se fijan las bases reguladoras de la concesión de ayudas–. En este Decreto se articulan ocho Programas con la finalidad de fomentar el autoempleo y consolidar a quienes ya ejercen una actividad económica mediante su trabajo por cuenta propia facilitando los medios adecuados para poder llevarlo a cabo. De esta forma se procuran proyectos que impulsan la formación, la conciliación de la vida laboral y familiar, el asociacionismo, el fomento de la cultura preventiva o el impulso de proyectos promovidos por las Corporaciones locales. Y de forma singular, y como medida de Igualdad de Oportunidades, el Instituto Andaluz de la Mujer, viene poniendo en marcha una serie de actuaciones, entre las que se encuentra la subvención a mujeres y a empresas de mujeres para el fomento y mejora empresarial – Orden de 26 de julio de 2007–.

3.4. **Políticas activas con la finalidad de integración de colectivos socialmente marginados**

El Decreto 2/1999 de 12 de enero por el que se regula el programa de Solidaridad de los Andaluces para la erradicación de la marginación y la Desi-

gualdad en Andalucía, regula todavía hoy el Ingreso mínimo de Solidaridad andaluz, estableciendo un autentico derecho subjetivo publico y por tanto, estable y no discrecional. No se trata de una medida pasiva, sino que contempla, conjuntamente una primera fase de inserción social donde se arbitran medidas que facilitan una adecuada y digna integración en la sociedad, entre otras vías a través de su inserción en el mercado laboral mediante su formación y capacitación profesional tanto individualmente como en el seno de proyectos empresariales de inserción o de economía social. En la actualidad el 'Anteproyecto de la Ley de Inclusión Social en Andalucía prevé la regulación del derecho a la Renta Básica como una prestación económica de carácter periódico que tiene por objeto garantizar los medios necesarios para la subsistencia en el proceso de integración social. El Anteproyecto contiene un capitulo dedicado a la regulación de las políticas de empleo, con la finalidad de favorecer la inclusión de una manera clara y efectiva, mediante el establecimiento de incentivos para el fomento de empleo, la capacitación profesional y la promoción de proyectos especiales de apoyo al desarrollo emprendedor de las personas en situación o riesgo de exclusión social.

4. UNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIÓN

Analizar la política de empleo de Andalucía supone hoy día un proceso complejo. Por una parte el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía ha consolidado y ampliado las competencias autonómicas en materia de empleo y en general en la materia sociolaboral. Por otra, la incorporación de España a una comunidad supranacional como es la Unión Europea, ha supuesto la subordinación de la política nacional de empleo a la política común de empleo europea y con ello también la autonómica, en cuanto los Gobiernos regionales se incluyen en la definición de Gobierno – Carta Europea de Autonomía Local (Estrasburgo, 1985), y por tanto entran dentro de las obligaciones asumidas a nivel nacional. La complejidad que se desprende del marco regulador en estos tres niveles, se ha solventado mediante el procedimiento excesivamente dirigista y centralizado del artículo 128 TEU, desconociendo la importante función que los gobiernos regionales pueden desarrollar en esta materia cuando, precisamente, el sistema político-legislativo comunitario se basa en el principio de subsidiariedad. Desde esta perspectiva los programas de fomento de empleo regionales estarían en una magnifica posición para experimentar nuevas posibilidades de acuerdo a las singularidades de su mercado de trabajo y de las necesidades de los ciudadanos. No obstante, existe una tendencia desde estos últimos años a favorecer políticas estratégicas con un mayor nivel de descentralización y coordinadas en base a objetivos comunitarios, lo que viene dando

lugar a una mayor importancia de las políticas regionales. En este panorama, entiendo que la política de empleo andaluza debe contemplarse a partir de tres criterios complementarios entre sí: autonomía, que permita elaborar sus planes específicos y asumir, de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, las competencias y el protagonismo que le corresponde; evaluación, entendida como estudio de las experiencias puestas en marcha en otras regiones – nacionales y europeas – y debate sobre los resultados; y coordinación, como efecto del proceso evaluador, que garantice la importancia de unir los esfuerzos, a través de las buenas prácticas y de las experiencias propias que han resultado efectivas.

BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J. "Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo" en XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Ed. Laborum, 2007,

FINAS SANGLAS, LL.: Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo, CES, Madrid, 2001

KOK, W.: ec.europa.eu/employment_social/publications/2004/ke5703265_es.html

MONEREO PEREZ, J.L.: "Estudio Preliminar", en "Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (J.L. Monereo, C. Serrano), Comares, 2009, LI

MONEREO PEREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: El Derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico, Comares, Granada, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "Estado autonómico y Constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social" en Comentario a la Constitución socio-económica española, (Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno, M.N). Comares, Granada, 2002

QUESADA SEGURA, R.: "Desarrollo y ejecución de la política de fomento de empleo por la administración autonómica andaluza" en XX años de Relaciones Laborales en Andalucía (J. Cruz y M. Rodriguez- Piñero), CARL, Sevilla 2003.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Constitución europea, política social y método abierto de coordinación "RL, nº 21, 2005, p. 5

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. "La interacción entre políticas activas de empleo y políticas económicas en la Unión europea, el juego del método abierto de coordinación y sus efectos sobre la política de empleo española", Revista MTAS, nº 62, 2006, p. 90

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FORMACIÓN PROFESIONAL EN ANDALUCÍA ANTE LOS NUEVOS CAMBIOS

MARÍA DOLORES GARCÍA VALVERDE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CAROLINA SERRANO FALCÓN

Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras Clave: Formación Profesional**

Los cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo durante los últimos 20 años afectan a uno de los instrumentos esenciales de la política de empleo: la formación profesional. En un proceso ya culminado de descentralización territorial en esta materia, es necesario conocer cuáles son las políticas públicas de formación profesional en Andalucía, analizando los subsistemas de formación profesional: formación profesional reglada y formación profesional para el empleo (antigua formación profesional ocupacional y continua). Después de un estudio separado de cada uno de los subsistemas se ha podido llegar a varias conclusiones y a realizar una valoración crítica sobre el estado de la cuestión.

Se pretende a través de este trabajo dejar constancia de la actuación de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de formación profesional y, asimismo, poner de manifiesto la situación actual en Andalucía y su adaptación a los nuevos cambios operados a nivel estatal.

ABSTRACT **Key words: Professional Training**

The changes that have taken place in the world of labour in the last 20 years affect one of the essential instruments of the employment policy: professional training. With a decentralisation process completed on this issue, it is necessary to know what professional training public policies exist in Andalusia, analysing professional training subsystems: regulated vocational training and professional training for employment (formerly, occupational and continuous professional training). After the separate study of each subsystem, various conclusions may be reached, carrying out a critical assessment of the state of the matter.

This work intends to record the activity of the Andalusian Autonomous Community on professional training issues and, similarly, to record the current situation in Andalusia and its adaptation to the changes undergone at state level.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Formación profesional reglada
   2.1. Delimitación y reparto competencial
   2.2. La formación profesional reglada y el mercado laboral
      2.2.1. Formación profesional de base: Programas de cualificación profesional inicial
      2.2.2. Formación profesional específica: módulos educativos relacionados directamente con el ámbito laboral
      2.2.3. Formación reglada universitaria: especial referencia a las prácticas de empresa
3. Formación profesional para el empleo
   3.1. Contenido, objetivos y criterios de organización y gestión
   3.2. Formación de demanda
   3.3. Formación de oferta
   3.4. Formación en alternancia. Programas de empleo-formación
      3.4.1. Escuelas Taller y Casas de Oficio
      3.4.2. Talleres de Empleo
      3.4.3. Programas de empleo-formación en Andalucía
4. Instituciones de formación profesional en Andalucía
   4.1. Consejo Andaluz de Formación Profesional
   4.2. Plan Andaluz de Formación Profesional
   4.3. Instituto Andaluz de Cualificaciones Profesionales
5. Formación profesional del trabajador autónomo
6. Valoración crítica y conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios que se han producido en el mundo del trabajo durante los últimos 20 años han sido muchos y cada vez más rápidos y acelerados. Sin ánimo de ser exhaustivo, apuntamos algunos de los elementos que han impactado en el mundo laboral y que han tenido una trascendencia relevante tanto sobre la actuación de los poderes públicos como sobre la evolución de la población activa, ocupada y desempleada. Así, destacamos, en primer lugar, el proceso de globalización o mundialización ha tenido lugar de forma cada vez más rápida desde la década de los noventa del ya finalizado siglo XX. En segundo lugar, la incorporación de España a la Comunidad Europea (ahora ya Unión Europea) se produjo el 1 de enero de 1986, y de ahí que podamos afirmar que los marcos jurídicos comunitarios han condicionado mucho, en los últimos años, las estrategias nacionales por la obligación de adaptación de éstas a la Estrategia Europea para el Empleo y a las Directrices sobre el empleo. En tercer lugar, la cada vez más creciente participación de la mujer en el mercado laboral, Y por último, la nueva realidad de la inmigración, de especial importancia en el mercado de trabajo español. Hay que debatir sobre cómo adaptar las políticas

a los cambios en los conceptos de trabajo, empleo, actividad, formación o desempleo.

La mundialización de la economía y los cambios tecnológicos están provocando una creciente demanda de mano de obra cualificada en todos los sectores, al tiempo que el número de puestos de trabajo no cualificados está experimentando una rápida disminución a medida que la tecnología transforma el tipo de trabajo a desempeñar. En este sentido, la Unión Europea tiene entre sus principales retos, en los inicios del tercer milenio, la preparación de las personas para la vida activa, a través de la mejora de su cualificación profesional para responder a los nuevos requerimientos del mundo del trabajo en una economía globalizada a nivel mundial y muy competitiva.

La Formación Profesional tiene en la actualidad un componente estratégico para el desarrollo económico y de las condiciones sociales que es ya indiscutible. Es el instrumento necesario para el aumento de la competitividad de las empresas y el instrumento decisivo de inserción y progreso profesional.

Debemos unir el mundo productivo y el educativo, para que desde la formación seamos capaces de captar las necesidades que tienen las empresas en sus puestos de trabajo, sabiendo que a los profesionales no sólo les vamos a formar para un puesto de trabajo, sino para que tengan una funcionalidad dentro de su propio trabajo.

Todos estos cambios se han juridificado a partir de la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y Formación Profesional, poniendo las bases para la integración de la Formación Profesional, aunque todo el desarrollo normativo está siendo bastante lento. Y a partir de este momento se han creado subsistemas diferenciados -aunque coordinados- de Formación Profesional: el Subsistema de Formación Profesional Reglada y el Subsistema de Formación para el Empleo que integra las antes denominadas Formación Profesional Ocupacional y Continua. Y, como es ya conocido, actualmente se está intensificando el proceso de descentralización territorial del poder[1], afectando a toda la política de empleo en general[2], y, concretamente a uno de los componentes esenciales de ésta[3], es decir, la Formación Profesional.

En este contexto se desarrolla el estudio que se va a realizar, que tiene por fin determinar cuáles son las competencias que tiene Andalucía en materia de

[1] Monereo Pérez, J. L; Díaz Aznarte, Mª. T.: *El Estado Social Autonómico,* Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 20.

[2] Para un reciente estudio de las Políticas de Empleo en Andalucía, véase VV. AA (Monereo Pérez, J. Director, Serrano Falcón, C. Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía,* Comares, Granada, 2009.

[3] Molina Hermosilla, O.: La dimensión jurídica de la política de empleo, CARL, Sevilla, 2005, pág. 336.

Formación Profesional, cuáles son las políticas públicas que está llevando a cabo, y saber además si se está ajustando a los nuevos cambios en la materia. Para ello se analizará cada uno de los Subsistemas de la Formación Profesional, teniendo en cuenta en cada uno de ellos el reparto competencial entre el Estado y las Comunidad Autónoma de Andalucía, para después extraer conclusiones generales que enmarquen los cambios y posibles reformas necesarias de la Formación Profesional en Andalucía.

2. FORMACIÓN PROFESIONAL REGLADA

2.1. Delimitación y reparto competencial

La Formación Profesional Reglada (FPR) se imparte dentro del sistema educativo y tiene como finalidad la preparación de los alumnos para la actividad en un campo profesional. Ésta comprende la formación profesional de base, dirigida a los alumnos de ESO y Bachillerato, y la Formación Profesional Específica (FPE) que se organiza en ciclos formativos de grado medio –se necesita el título de graduado en Educación Secundaria Obligatoria- y superior –se necesita el título de Bachillerato– para obtener el título de Técnico y Técnico Superior, respectivamente. La FPE tiene una estructura modular, es decir, para superar un ciclo formativo hay que cursar una serie de módulos de distinta naturaleza, entre los que destacan los módulos relacionados con la actividad laboral.

El estudio de la Formación Profesional Reglada en un análisis como el que estamos realizando relacionado con el mercado de trabajo se justifica por varios motivos: en primer lugar, la coordinación e interconexión que el nuevo marco de formación profesional pretende dar a todos los subsistemas que lo integran; y, en segundo lugar, que la Formación Profesional, sin perjuicio de sus objetivos educativos, que son los primordiales, tiene la finalidad también de preparar a los alumnos para la actividad en un campo profesional proporcionándoles una formación polivalente que les permita adaptarse a las modificaciones laborales que puedan producirse a lo largo de toda la vida.

Aunque el análisis de la FPR es muy amplio, aquí se van a tratar los aspectos de ésta relacionados directamente con el mercado laboral; pero para ello, antes que nada, es necesario hacer referencia a qué competencias tiene Andalucía en este subsistema, para poder además diferenciarlo además del reparto competencial entre Estado y la CA de Andalucía en materia de formación profesional para el empleo.

Así, el artículo 149.1.30 de la Constitución España, determina que corresponde al Estado dictar las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 del texto constitucional, a efecto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de

los poderes públicos en esta materia. En el marco de este contexto constitucional, se produjo el traspaso de competencias en materia de enseñanza no universitaria, concretamente por el Real Decreto 3963/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de Educación. Se enumeran las competencias transferidas, pero también se determinan las competencias, servicios y funciones que se reserva la Administración del Estado, entre las que destaca, la Ordenación general del sistema educativo, es decir, la determinación de la duración de la escolaridad obligatoria, la regulación de niveles, grados, especialidades, ciclos y modalidades de enseñanza, así como el número de cursos que en cada caso corresponda y los requisitos de acceso de un nivel de enseñanza a otro.

Así, concretamente el artículo 39 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)[4] establece los principios generales de formación profesional del sistema educativo disponiendo en su apartado 6, que el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, establecerá las titulaciones correspondientes a los estudios de formación profesional así como los aspectos básicos de currículo de cada una de ellas.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía[5], recoge en el artículo 52 el ejercicio de las competencias que posee la Comunidad Autónoma, para la regulación y administración de la enseñanza no universitaria, y, dentro del marco de sus competencias, la Ley 17/2007 de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (LEA)[6] establece en el artículo 68.4 establece que la Consejería competente en materia de educación promoverá las medidas oportunas para adecuar la oferta pública de formación profesional a las necesidades del tejido productivo andaluz.

En definitiva, teniendo en cuenta que la Ordenación General del Sistema Educativo le corresponde exclusivamente al Estado, hay que determinar cómo se organiza y gestiona en la Comunidad Autónoma de Andalucía, es decir, cómo se adapta lo establecido en la normativa estatal a las necesidades del tejido productivo andaluz.

2.2. **La Formación profesional reglada y el mercado laboral**

2.2.1. ***Formación profesional de base: Programas de cualificación profesional inicial***

Los Programas de Cualificación Profesional Inicial (PCPI) se establecen como una medida que tiende a evitar el abandono escolar previo a la finaliza-

[4] BOE núm. 106 de 4 de mayo rde 2006.

[5] Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

[6] BOE núm. 20, de 23 de enero de 2008.

ción de la Educación Secundaria Obligatoria y abrir nuevas expectativas de formación y dar acceso a una vida laboral cualificada a aquellos jóvenes mayores de dieciséis años que se encuentran en situación de desventaja sociolaboral y educativa que no hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

Se trata de acciones educativas públicas destinadas a proporcionar una formación básica y profesional a quienes no alcancen los objetivos de la educación secundaria obligatoria (sea por falta de escolarización, marginalidad, fracaso escolar, etc.) con el fin de hacer posible su incorporación a la vida activa (inserción profesional) o proseguir sus estudios en las enseñanzas que corresponda, particularmente las de formación profesional (reinserción académico-profesional).

Su finalidad primordial es la de conseguir que los alumnos «alcancen competencias profesionales propias de una cualificación de nivel uno de la estructura actual del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, así como que tengan la posibilidad de una inserción sociolaboral satisfactoria y amplíen sus competencias básicas para proseguir estudios en las diferentes enseñanzas»[7]. Estos programas proporcionan formación para el empleo (con el fin principal de atender a jóvenes que por su deficiente formación tienen especiales dificultades de inserción laboral), pero pertenecen también a la esfera de la formación profesional reglada, en cuanto actúan como paliativo en caso de fracaso en la enseñanza secundaria obligatoria. Por ello, se regulan en las normas del sistema educativo, pero también son objeto de atención en normas sobre formación ocupacional[8].

Constan de tres módulos: a) módulos específicos referidos a las unidades de competencia correspondientes de nivel uno del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales; b) módulos formativos de carácter general, que favorezcan la transición desde el sistema educativo al mundo laboral; y c) módulos de carácter voluntario para los alumnos, encauzados a obtener el título de Graduado de Educación Secundaria Obligatoria, y que se imparten simultáneamente con los anteriores. Como destinatarios de tales acciones aparecen jóvenes escolarizados con fracaso escolar, jóvenes no escolarizados y en situaciones marginales, así como alumnos con necesidades educativas especiales, siempre que sean mayores de 16 años, con alguna excepción[9].

La organización y regulación de estos programas corresponde a las Administraciones educativas y en centros educativos públicos o privados concer-

[7] Consúltese el artículo 30 LOE.

[8] En este sentido, el artículo 5.1 RD 282/1999, de 22 de febrero, que establece el Programa de Talleres de Empleo.

[9] Véase el artículo 27.2 LOE.

tados, mediante un conjunto de acciones formativas teórico-prácticas, consistentes en formación básica y general (conocimientos y capacidades generales básicos), formación profesional específica (oficio o profesión) -esta es la dimensión formativa que tiene más peso, consumiendo el 50 por 100 del total del tiempo formativo-, orientación laboral (marco legal, mecanismos de empleo, etc.) y actividades complementarias y tutoriales (fomento de actividades deportivas y culturales y hábitos personales positivos). En tales acciones formativas tiene mucha importancia la parte práctica, que puede llevarse a cabo mediante estancias o prácticas en empresas (con o sin compensación económica), pero también mediante la prestación de servicios productivos en las mismas a través de contratos de trabajo para la formación, en cuyo caso se cobra obviamente salario. Por supuesto, a la finalización del curso se expedirá a los alumnos la certificación profesional que corresponda en función de los aprendizajes que se hayan producido.

A nivel estatal se han previsto en la LOE (30.2), y vienen a sustituir a los Programas de Garantía Social (PGS) que regulaba la LOGSE[10] los que sustituyen desde el Curso Académico 2008/2009. Y la regulación de los citados programas ha tenido lugar a través del artículo 14 RD 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria[11] y han sido implantado en el ámbito del Ministerio de Educación y Ciencia por la O ECI/2755/2007, de 31 de julio, desarrollada por la Resolución de 5 de octubre de 2007 y la Resolución de 29 de diciembre de 2008.

En Andalucía quedan regulados por el Decreto 231/2007, de 31 de julio, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas correspondientes a la educación secundaria obligatoria en Andalucía (Art. 22)[12], y desarrollados en la Orden de 24 de junio de 2008[13].

En definitiva, la relación con el ámbito laboral es muy estrecha, y se puede comprobar en los siguientes aspectos: En primer lugar, por la inclusión en estos Programas del Módulo de Formación en Centros de Trabajo[14]; en segundo lugar, en la posibilidad de solicitar la expedición del certificado de profesionalidad correspondiente por parte de la Administración Laboral una vez que se expida por la Administración Educativa la certificación académica de haber

[10] Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo en España, BOE, núm. 238, de 4 de octubre de 1990).

[11] BOE núm. 293, de 8 de diciembre de 2006.

[12] BOJA núm. 156, de 8 de agosto de 2007.

[13] BOJA núm. 157, de 7 de agosto de 2008.

[14] Éstos se van a desarrollar en el siguiente epígrafe, denominado los Módulos Educativos en la Formación Profesional Específica relacionados con el ámbito laboral.

superado los módulos obligatorios de un PCPI; y, en tercer lugar, en los fines de dichos programas, que además de tener objetivos formativos, se pretende además contribuir a la adquisición de competencias necesarias para permitir la inserción social y profesional cualificada del alumnado, así como promover y facilitar el conocimiento del mercado laboral y la búsqueda activa de empleo a través de la tutoría y orientación sociolaboral personalizados del alumnado.

2.2.2. *Formación profesional específica: módulos educativos relacionados directamente con el ámbito laboral*

Muy relacionado con el ámbito laboral, están los Módulos de Formación en Centros de Trabajo.[15] Estos se llevan a cabo de forma obligatoria en la formación profesional específica, es decir, en los ciclos formativos de grado medio y grado superior, aunque también se han previsto para los programas de cualificación profesional inicial[16], y están constituidos por áreas de conocimiento teórico-prácticas, en función de las competencias profesionales; vienen a ser prácticas obligatorias a realizar en empresas para complementar las enseñanzas prácticas que se imparten en los centros, y que ya quedaban reguladas en la LOGSE (Art. 34.2), así como en la LOE. En Andalucía, y de forma genérica, al igual que lo hacen las leyes estatales mencionadas, la LEA (Art. 69.2) hace referencia a estos programas, con la "finalidad de completar las competencias profesionales en situaciones laborales reales". Antes de esta norma andaluza ya se había desarrollado tal módulo por la Orden de 1 de septiembre de 1993, por la que se regula el programa de formación en centros de trabajo para alumnos de Formación Profesional y Enseñanzas de Artes Plásticas y Diseño, derogada por la Orden de de 31 de julio de 2001[17] –que está actualmente en vigor- y que viene a regular este Módulo formativo. A esta norma vigente, hay que añadir además el Decreto 436/2008, de 2 de septiembre, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas de la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo,[18] así como las Instrucciones de la Dirección General de Formación Profesional y Educación Permanente para el desarrollo del módulo de formación en centros de trabajo durante el curso 2008-2009.

[15] Para un estudio completo de estos módulos, véase Pasman, C.: "Formación en Centros de Trabajo. El modelo español de vinculación entre Empresas y escuelas", www.empresaescuela.org

[16] Véase la Orden de la Consejería de Educación de 24 de junio de 2008, por la que se regulan los programas de cualificación profesional inicial y establece para los alumnos de estos programas la realización del módulo de FCT.

[17] BOJA núm. 92, de 11 de agosto de 2001.

[18] BOJA núm. 182, de 12 de septiembre de 2008.

De todas estas disposiciones normativas vigentes, se van a enumerar las características de los actuales módulos de FCT:

– La característica más relevante del módulo de FCT es que se desarrolla en un ámbito productivo real, donde el alumnado observa y desempeña funciones propias de las distintas ocupaciones relativas a una profesión, conoce la organización de los procesos productivos o de servicios así como las relaciones sociolaborales en la empresa o centro de trabajo.

– Al ser un módulo práctico, se necesita implicación tanto empresarial como del sector público en estos programas de formación en centros de trabajo. A este tipo de entidades se le denominan Entidades Colaboradoras, en el que la Orden de 31 de julio de 2001 señala expresamente que pueden ser las Empresas, Agrupaciones o Asociaciones de Empresas, instituciones u organismos públicos o privados, por lo que el margen de Entidades es muy amplio. Incluso se está potenciando la realización de prácticas en empresas de la Unión Europea, por lo que las empresas situadas en la Unión Europea pueden ser también Entidades Colaboradoras, según lo previsto en el artículo 74 de la LEA y se completa además la Orden de 7 de abril de 2008 por la que se convocan estancias en otros países de la Unión Europea para el alumnado que cursa enseñanzas de formación profesional sostenidas con fondos públicos en Centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía,[19] y con las Instrucciones de la Dirección General de Formación Profesional y Educación Permanente para el desarrollo y aplicación de la Orden de 7 de abril de 2008, para la realización del módulo de FCT en la Unión Europea y que regula los ciclos formativos de prácticas durante el curso 2008/2009.

– También se indica que las Entidades Colaboradoras firmarán un Convenio de Colaboración –se refiere la Orden de 31 de julio de 2001 a "Acuerdo de Colaboración Formativa", Acuerdo que se realiza según un modelo previamente establecido, por lo que su contenido ya viene predeterminado, y que coinciden con el texto de la normativa sobre Módulos de FCT.

– La relación entre las Entidades Colaboradoras, es decir, las entidades en donde se desarrolla el módulo en FCT, y el alumno, no constituye una relación jurídico-laboral, por lo que el alumno no podrá percibir retribución en concepto de salario por la realización de dicho módulo, ni por parte de la administración educativa, ni por parte de la empresa o entidad colaboradora, y, además ésta no podrá cubrir ningún puesto de trabajo en plantilla con alumnado del programa de formación en centros de trabajo.

La única cantidad económica que pueden percibir los alumnos se refiere a ayudas en concepto de gastos de desplazamiento, siempre en función de las disponibilidades presupuestarias.

[19] BOJA núm. 5 de 8 de enero de 2008.

- No quedan previstos en la normativa que regula estos módulos la obligatoriedad de generar compromisos de contratación, sólo se indica que se podrá establecer una vez terminado el módulo una relación laboral de contraprestación económica por servicios contratados.

También hay que señalar que, además de la Formación en Centros de Trabajo, tanto en la FPE de Grado Medio como la de Grado Superior, incluyen otros módulos relacionados con el ámbito laboral, y concretamente con la Orientación Profesional: es el Módulo de Formación y Orientación Laboral (FOL), que tiene como finalidad adoptar medidas para la mejora de la calidad de las enseñanzas en formación Profesional.

2.2.3. *Formación reglada universitaria: especial referencia a las prácticas de empresa*

También forma parte de la Formación Reglada la Formación Universitaria[20], en la que la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades[21], al igual que la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades[22], señalan como función de la Universidad "la preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos". Para favorecer el cumplimiento de esta función, las Universidades Andaluzas promueven la participación de sus estudiantes en actividades de cooperación educativa, es decir en la realización de prácticas en empresas para complementar la formación recibida por el estudiante en la Universidad además de fortalecer los lazos entre el estudiante y las empresas. Es a nivel estatal donde se regulan estas prácticas, concretamente en el Real Decreto 1497/1981, de 19 de junio[23], y el Real Decreto 1845/1994, de 9 de septiembre, sobre programas de cooperación educativa[24], así como el Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre modificado por el RD 1267/1994, de 10 de junio, sobre directrices generales comunes a los planes de estudios de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, completándose esta normativa –en virtud de la autonomía universitaria establecida en el artículo 27.10 CE– por Acuerdos internos de las respectivas Universidades para establecer las bases a partir de las cuales se desarrollan este tipo de prácticas. Un

[20] Para un estudio general de la Formación Profesional Reglada como instrumento de la política de empleo, véase Molina Hermosilla, O.: La dimensión jurídica de la política de empleo, CARL, Sevilla, 2005, págs. 344 y ss.

[21] BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2001.

[22] BOE núm. 14, de 16 de enero de 2004.

[23] BOE núm. 175, de 23 de julio de 1981.

[24] BOE núm. 249, de 18 de octubre de 1994.

dato importante a tener en cuenta es que la Comunidad Autónoma de Andalucía participa actualmente otorgando subvenciones, concretamente mediante la Orden de 23 de agosto de 2001[25], reguladora de subvenciones a las Universidades de Andalucía, para la ejecución de programas de Prácticas de Inserción Laboral de Alumnos Universitarios en Empresas e Instituciones de Andalucía.

Además de las prácticas en empresa, las Universidades realizan también otras actividades relacionadas con el mercado laboral, y concretamente llevan a cabo la función de intermediación en el mercado de trabajo actuando sobre colectivos universitarios en busca de primer empleo. Se crearon en un primer momento los Centros de Orientación e Información de Empleo (COIE), definidos como un centro asesor y gestor para la inserción laboral de universitarios en busca de primer empleo, es decir, centros de información a los que el empresario acudía para orientarse de acuerdo con los puestos de trabajo de los que el centro tuviera conocimiento así como para informarse de los requisitos y métodos que se debían seguir, necesarios para poder optar a cualquiera de ellos. Posteriormente se crearon en algunas Universidades andaluzas Agencias de Colocación sin fines lucrativos al amparo del Real Decreto (Estatal) 735/1995[26] aunque cuentan con muchos problemas en su funcionamiento, entre los que destaca la falta de financiación por parte del Sistema Nacional de Empleo, por lo que la Universidad tiene que hacer una fuerte inversión económica que en ocasiones escasea. Se suelen utilizar además, las Bolsas de trabajo informatizadas, en el que el alumno introduce sus datos y al instante sabe la dirección de las compañías que buscan el perfil como el suyo, o las llamadas "bolsas de prácticas" a través de los programas de cooperación educativa, dirigidos a alumnos que aún no han obtenido la titulación universitaria, y que quieren realizar prácticas en empresas.

3. FORMACIÓN PROFESIONAL PARA EL EMPLEO

3.1. Contenido, objetivos y criterios de organización y gestión

El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo[27], regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en el que se comprenden los distintos

[25] Esta norma deroga la Orden de 17 de julio de 1997, por la que se establecen las bases para la participación de empresas y estudiantes universitarios en los Programas de Prácticas en Empresas de Andalucía.

[26] Las Universidades de Granada, Málaga, Almería, Córdoba y Sevilla, han creado Agencias de Colocación. Para un estudio de las Agencias de Colocación creadas en centros docentes, véase Serrano Falcón, C.: Servicios Públicos de Empleo y Agencias de Empleo Privadas. Público y privado en la Actividad de Colocación, Comares, Granada, 2009, págs. 172 y ss.

[27] BOE 11 de abril de 2007.

instrumentos y acciones que tienen por objeto impulsar y extender entre las empresas y los trabajadores ocupados y desempleados una formación que responda a sus necesidades y contribuya al desarrollo de una economía basada en el conocimiento. Ya se suprime la tradicional distinción entre la Formación Profesional Ocupacional y la Formación Profesional Continua[28]. Además se pone en marcha un sistema aplicable tanto a los desempleados como a los trabajadores en activo y que persigue un conjunto de objetivos[29].

Tras el RD 395/2007 se habla de tres modalidades de formación profesional. Primera: la formación de demanda, comprende las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación. Segunda: la formación de oferta, se dirige tanto a ocupados como a desempleados y persigue la obtención de mejor cualificación y, en su caso, de certificados de profesionalidad. Y tercera: la formación en alternancia, se lleva a cabo mediante un proceso mixto de formación y empleo.

Las funciones de programación, gestión y control del subsistema de formación profesional para el empleo están encomendadas al Servicio Público de Empleo Estatal (con la colaboración y el apoyo técnico de la Fundación Tripartita para la Formación en el Empleo[30]) y, en el ámbito autonómico, a los órganos designados por las CC AA. Todos los órganos con responsabilidades en este campo deben actuar con la debida coordinación y cooperación a través, por un lado, de la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y, por otro, de las Comisiones de Coordinación y Seguimiento previstas en las normas de traspaso de funciones en materia de gestión de la formación[31]. Esos órganos de gestión y vigilancia deberán presentar una composición tripartita y paritaria que permita participar a los agentes sociales. En particular, el principal órgano consultivo y de participación institucional en materia de política de empleo es el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo[32].

[28] Debemos tener presente que ello da lugar a la derogación de las correspondientes normas reglamentarias. Así, el RD 631/1993, de 3 de mayo y el RD 1046/2003, de 1 de agosto.

[29] Dichos objetivos son: a) Favorecer la formación a lo largo de la vida de los trabajadores desempleados y ocupados, mejorando su capacitación profesional y desarrollo personal. b) Proporcionar a los trabajadores los conocimientos y las prácticas adecuados a las competencias profesionales requeridas en el mercado de trabajo y a las necesidades de las empresas. c) Contribuir a la mejora de la productividad y competitividad de las empresas. d) Mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores, especialmente de los que tienen mayores dificultades de mantenimiento del empleo o de inserción laboral. e) Promover que las competencias profesionales adquiridas por los trabajadores tanto a través de procesos formativos (formales y no formales), como de la experiencia laboral, sean objeto de acreditación. Véase el artículo 3 RD 395/2007.

[30] El artículo 34 RD 395/2007 establece las competencias de esta Fundación, hay que destacar la colaboración y asistencia de la misma al Servicio Público de Empleo Estatal.

[31] Consúltese el artículo 32 RD 395/2007.

[32] Así se deduce del artículo 33 RD 395/2007.

Hay que advertir que la legislación que regula el Servicio Andaluz de Empleo, así como la normativa sobre traspaso de competencias en materia de políticas activas, se refiere a la Formación Profesional Ocupacional y a la Continua, al ser anterior a la entrada en vigor del Decreto 395/2007 que ya emplea una nueva terminología. Como ahora se comprobará, las competencias en esta materia están traspasadas, lo único que hay que adaptar la anterior terminología a la actual, aunque no se podrá evitar utilizar de modo coloquial las expresiones Formación Profesional Ocupacional y Continua.

3.2. **Formación de demanda**

La formación profesional de demanda comprende las acciones formativas de las empresas y los permisos individuales de formación financiados total o parcialmente con fondos públicos, para responder a las necesidades específicas de formación planteadas por las empresas y sus trabajadores. Las acciones formativas de las empresas deben estar relacionadas con su actividad, y pueden referirse a conocimientos no estrictamente vinculados al puesto de trabajo que desempeña el trabajador (formación general), o puede tratarse de un perfeccionamiento profesional ligado a un concreto puesto y normalmente no transferibles a otras empresas o a otros ámbitos laborales (formación específica). Por otro lado, los permisos individuales de formación, que deben solicitar los propios trabajadores, implican la autorización de la empresa para que el trabajador realice una acción formativa que esté reconocida mediante una acreditación oficial con el fin de favorecer su desarrollo profesional y personal. La eventual denegación requiere que la empresa acredite razones organizativas o de producción. Esta formación se puede "identificar" con la antes llamada Formación Continua.

Actualmente está regulada a nivel estatal por el Decreto 395/2007, y desarrollada por la Orden 2307/2007, de 27 de julio, modificada por la Orden TAS/37/2008/ de 16 de enero, que implanta un sistema telemático en el Servicio Público de Empleo Estatal para facilitar a las empresas y entidades organizadoras de las acciones formativas el acceso a la información, la aplicación de las bonificaciones y, en particular, las comunicaciones de inicio y la finalización de dichas acciones[33].

[33] Hay que resaltar que esta formación a cargo de las empresas puede ser objeto de regulación en los acuerdos y convenios colectivos. En este sentido, el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2007 establece que la negociación colectiva debe fijar las iniciativas de formación en función de las necesidades del sector y de la empresa, los itinerarios formativos con su correspondiente acreditación y los colectivos prioritarios por su mayor riesgo de perder el empleo y o su menor cualificación, y debe ocuparse de la formación teórica en los contratos para

Esta modalidad de formación se dirige a asalariados que presten servicios en empresas o en entidades públicas que carezcan de acuerdo de formación específico, y concede preferencia a determinados grupos de trabajadores, según se deduce del artículo 5.3, b) RD 395/2007 y del artículo 7 OM 2307/2007[34]. Pueden participar en estas acciones tanto trabajadores en activo como trabajadores fijos discontinuos en los períodos de no ocupación, trabajadores que accedan a situación de desempleo cuando se encuentren en período formativo, o trabajadores acogidos a regulación de empleo durante sus períodos de suspensión de empleo por expediente autorizado[35].

Dado que se trata de formación profesional dirigida a trabajadores, se impone a la empresa el deber de informar de todas las acciones formativas a los representantes legales de los trabajadores, so pena de perder el derecho a que la Administración colabore en la financiación de esas acciones. En realidad, más que un trámite de información es un verdadero proceso de participación, pues se prevé un mecanismo de resolución de discrepancias si la representación legal de los trabajadores no está conforme con el contenido de la acción propuesta por la empresa, siendo competente para su conocimiento la comisión paritaria o, en su defecto, la Administración pública competente. La formación no podría comenzar hasta concluido dicho trámite. En ausencia de representación legal, es necesaria la conformidad de los propios trabajadores[36].

Estas acciones se costean a través de un sistema de co-financiación. Así, por un lado, las empresas deben aportar una determinada cantidad en función

---

la formación, de los derechos y obligaciones de los trabajadores en este terreno, de las facilidades para la aplicación de las bonificaciones de las empresas y para el disfrute de los permisos individuales de formación, de la asistencia a la formación, su aprovechamiento y el tiempo en que se realiza, de la calidad y evaluación de la formación, de la acreditación en su caso de la competencia profesional, y de la relación de la formación con la clasificación, la movilidad, la promoción y la planificación de carreras. Es relevante traer a colación el XXII Convenio colectivo de Repsol Butano (2007) que dedica un capítulo completo a la formación, considerada como «uno de los ejes estratégicos en materia de recursos humanos» (artículo 29). Se prevé una permanente actualización profesional del trabajador, que habrá de desarrollarse preferentemente dentro de la jornada y en el propio centro de trabajo, y la participación de los representantes de los trabajadores a través de un órgano paritario (artículo 30). Explícitamente se exige que en las acciones formativas se promueva el principio de igualdad de oportunidades (artículo 32).

[34] Repárese que estos colectivos son: – Trabajadores de pequeñas y medianas empresas. A tal fin, se prevén medidas de estímulo para que las PYMES oferten esta clase de iniciativas. – Mujeres. – Afectados y víctimas del terrorismo. – Afectados y víctimas de la violencia de género. – Mayores de 45 años. – Trabajadores con baja cualificación. – Personas con discapacidad. – Cuidadores no profesionales de personas dependientes.

[35] Téngase presente la Resolución de 17 de diciembre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se determinan los colectivos y áreas prioritarias, así como las cuantías cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, en las acciones de formación de demanda correspondientes al ejercicio 2009.

[36] Consúltese el artículo 15 RD 395/2007 y el artículo 16 OM 2307/2007.

de su tamaño, y, por otro, se benefician de un sistema de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social mediante el que se hace efectivo un «crédito para la formación» que se obtiene aplicando a la cuantía ingresada por la empresa durante el año anterior por el concepto de cuota de formación profesional el porcentaje de bonificación establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función del tamaño de la empresa[37].

La bonificación en caso de acciones promovidas por las empresas tiene carácter anual, y puede aplicarse a partir de la comunicación de la finalización de la formación; el plazo concluye el último día hábil para poder presentar el boletín de cotización correspondiente al mes de diciembre del correspondiente ejercicio económico. Respecto de los permisos individuales de formación, las empresas podrán aplicarse las correspondientes bonificaciones a medida que abonen los salarios a los trabajadores que disfruten dichos permisos. La aplicación indebida o fraudulenta de las bonificaciones propiciará la reclamación administrativa mediante acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esta vertiente de la formación para el empleo queda integrada en la materia laboral a la que se refiere el artículo 149.1.7 CE. Concretamente, en materia de formación continua se manifestó el Tribunal Constitucional (STC 95/2002, de 25 de abril, RTC 2002, 95; STC 190/1992, de 17 de octubre, RTC 2002,190; STC 230/2003, de 18 de diciembre, RTC 2003, 230). Considera nuestro Alto Tribunal que el título competencial aplicable en este ámbito es el artículo 149.1.7 CE, por tratarse de formación ligada a la ordenación del trabajo asalariado. Esto significa que la Comunidad Autónoma de Andalucía no puede tener competencias ni normativas (ni tampoco pueden llevar a cabo reglamentos de desarrollo) pero sí puede asumir competencias de gestión. Así, el poder del gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias; procediéndose por tanto cada año a la distribución de fondos asignados a cada Comunidad Autónoma para la financiación de este tipo de formación.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, se procedió por medio del Real Decreto 1562/2005, de 23 de diciembre[38], a realizar una

[37] Así se deduce de los artículos 13 y 14 RD 395/2007 y del artículo 11 OM 2307/2007. Se debe tener presente que para el ejercicio presupuestario del 2009 el porcentaje de bonificación establecido es, según señala la Disposición Adicional 25 Ley 2/2008, de 23 diciembre, de: – el 50 %, en empresas de 250 o más trabajadores; – el 60 %, en empresas de 50 a 249 trabajadores; – el 75 %, en empresas de 10 a 49 trabajadores; – el 100% en empresas de 6 a 9 trabajadores; – en las empresas de menos de 6 trabajadores, disponen de un crédito de bonificación de 420 € por empresas con un alcance temporal distinto según el número de plantilla. Así en empresas de 3 a 5 trabajadores el citado crédito se asigna con carácter anual y para empresas de 1 a 2 trabajadores el crédito se asigna para un período de 3 y 2 años respectivamente.

[38] Publicada en el BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2005.

ampliación de los medios económicos adscritos a las funciones y servicios traspasados por el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, para la financiación de determinadas funciones y servicios relativos a la gestión de la formación continua por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Como por el momento no se ha puesto en marcha la formación de demanda en Andalucía, continúa en vigor la normativa anterior dictada al amparo del Real Decreto 1046/2003, de 1 de agosto, por el que se regulaba el subsistema de formación profesional continua, y que ya está derogado expresamente por el RD 395/2005. Dicha normativa es:

Primero: Orden de 27 de julio de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la formación de trabajadores. Estos programas tienen la finalidad de mejorar las competencias y cualificaciones, y la actualización y especialización profesional de los trabajadores ocupados, cualquiera que sea el sector o rama de actividad en que el trabajador presta sus servicios.

Segundo: Orden de 4 de septiembre de 2007, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de acciones complementarias y de acompañamiento a la formación continua, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3.3. **Formación de oferta**

La formación de oferta comprende los planes de formación dirigidos prioritariamente a trabajadores ocupados y las acciones formativas dirigidas prioritariamente a trabajadores desempleados con el fin de ofrecerles una formación que les capacite para el desempeño cualificado de las profesiones y el acceso al empleo[39]. Se trata de una fórmula destinada tanto a trabajadores ocupados como a desempleados, así como a cuidadores no profesionales de personas dependientes, que no sólo pretende mejorar las posibilidades de encontrar un empleo, sino también las perspectivas de promoción profesional. Podemos afirmar que la formación de oferta es hoy lo que en un pasado próximo era la Formación Profesional Ocupacional, pero con ciertas matizaciones.

Las acciones formativas deben dividirse en módulos, especialmente las dirigidas a la obtención de certificados de profesionalidad. Esta distribución modular trata de favorecer la "acreditación parcial acumulable de la formación recibida", reducir "los riesgos de abandonos" y posibilitar "que el trabajador avance en su itinerario de formación profesional cualquiera que sea la situación laboral en que se encuentre"[40].

[39] Véase el artículo 4.b) RD 395/2007.
[40] Consúltese el artículo 20.2 RD 395/2007.

El Ministerio de Trabajo debe efectuar una planificación plurianual de la oferta formativa, tomando en consideración las propuestas de las CC. AA .y de los agentes sociales, a través estos últimos del Consejo General del Sistema Nacional de Empleo[41].

En el ámbito estatal la programación y gestión de la oferta formativa ha sido desarrollada por la OM TAS/718/2008, de 7 de marzo[42], donde se contienen, además, las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a financiar esta modalidad de formación a través del Servicio Público de Empleo Estatal[43].

En el ámbito autonómico la programación y gestión incluye programas muy similares, aunque, como precisa la exposición de motivos de la OM TAS/718/2008, en este ámbito continúa siendo aplicable a la formación de oferta la normativa anterior en tanto no se complete el desarrollo del RD 395/2007.

Son gastos subvencionables los que guardan una relación directa con la actividad formativa (retribuciones de los formadores; amortización de instalaciones y equipos, aulas, talleres…; materiales didácticos y bienes consumibles; alquiler y arrendamientos financieros; seguro de accidente de los participantes y publicidad) o los que están asociados a la misma (costes de personal de apoyo, gastos financieros…), que se realicen tanto en el período de impartición de la acción formativa como los comprendidos en el mes anterior y posterior a su inicio y finalización, respectivamente[44].

Los planes destinados prioritariamente a trabajadores ocupados podrán ser sectoriales (para formar a trabajadores para un sector productivo concreto, o para desarrollar acciones de reciclaje y recualificación de trabajadores procedentes de sectores en situación de crisis) o intersectoriales (válidos para varios

[41] En este sentido, artículo 21 RD 395/2007.

[42] BOE núm.67, de 18 de marzo de 2008.

[43] Repárese que las modalidades de formación de oferta que se subvencionan son: a) planes de formación dirigidos a trabajadores ocupados; b) acciones formativas dirigidas prioritariamente a los trabajadores desempleados; c) programas destinados a la formación de personas con necesidades formativas especiales o que tengan dificultades para su inserción o recualificación profesional; d) programas para reclusos y para militares de tropa y marinería; y e) programación de acciones formativas que incluyan compromisos de contratación dirigidos prioritariamente a desempleados y a trabajadores inmigrantes en sus países de origen.

[44] En cambio, quedan excluidos: a) los tributos que no sean real y definitivamente soportados por el beneficiario, entendiendo por tales aquellos que puedan repercutirse, recuperarse o compensarse por cualquier medio; b) los gastos derivados de préstamos o créditos, así como los de apertura y mantenimiento de cuentas corrientes; c) los intereses, recargos y sanciones administrativas y penales; d) los gastos de procedimientos judiciales; e) los intereses deudores de las cuentas bancarias; y f) la adquisición de mobiliario, equipos, vehículos, infraestructuras, bienes inmuebles y terrenos.

sectores o para trasladar competencias específicas de un sector al reciclaje y recualificación de trabajadores de otros sectores[45]. Los planes de formación deben ejecutarse a través de convenios entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los agentes sociales con representatividad suficiente en el concreto ámbito.

En cuanto a las acciones destinadas a trabajadores desempleados, cuyo objeto es la inserción o reinserción laboral, deben orientarse a la obtención de certificados de profesionalidad, y las acciones han de incluir preferentemente la realización de prácticas en empresas de carácter formativo, y por tanto no laborales. Los participantes podrán recibir becas en concepto de compensación por gastos, o ayudas que tengan por objeto conciliar su asistencia a la formación con su vida familiar[46].

En este tipo de formación la negociación colectiva tiene un papel menos relevante que en la formación de demanda, puesto que la formación de oferta no es organizada y gestionada por las propias empresas. El convenio colectivo, no obstante, debe encargarse de modular el ejercicio de los derechos a disfrutar de permisos o a adaptar la jornada para la asistencia a cursos de formación.

En lo que afecta a las CC. AA. aunque no se indique expresamente en los Decretos de traspaso de competencias en materia de políticas activas de empleo que queda transferida la formación de oferta. Es decir, se puede entender traspasada, ya que hace una referencia a la Formación Profesional Ocupacional.

En este sentido, Andalucía recibió de forma muy temprana este traspaso, mediante el Real Decreto 427/1993, de 26 de marzo, de traspaso de funciones y servicios de la gestión de la formación profesional ocupacional a la Comunidad Autónoma de Andalucía[47]. Hasta la creación del Servicio Andaluz de Empleo en el año 2003, la gestión de estas competencias estaba a cargo directamente de la Consejería de Empleo[48].

[45] Véase el artículo 24 RD 395/2007.

[46] Así lo señala el artículo 25 RD 395/2007.

[47] BOE n.91, de 16 de abril de 1993.

[48] Se ha de tener presente que las competencias de la Consejería de Empleo en esta materia eran: -La ejecución del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, (la programación, organización, gestión, control administrativo e inspección técnica de las acciones formativas de acuerdo con el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional; el establecimiento de contratos-programa cuyo ámbito de aplicación sea el territorio de la Comunidad Autónoma, informando de ello a la Administración del Estado; la homologación de centros colaboradores para desarrollar cursos cuyo ámbito de actuación sea el del territorio de Andalucía, la selección de alumnos, de acuerdo con las prioridades y preferencias establecidas con carácter general en el Plan de Formación e Inserción Profesional. -La titularidad de los centros de formación profesional ocupacional del INEM, tanto los de carácter fijo como las unidades de acción formativa y los equipos móviles, en el ámbito territorial de Andalucía. -La elaboración, aprobación y ejecución de programas e inversiones, en coordinación con la política general del Estado. –La gestión

En el momento actual, con los cambios del Sistema de Formación Profesional para el empleo, hay que interpretar dicho traspaso de competencias con la nueva normativa en vigor: así, por ejemplo, el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional (Plan FIP) ya no existe. Ahora bien, está derogado a nivel estatal, pero en Andalucía, al no haber puesto en funcionamiento el Subsistema de Formación para el Empleo, sigue aún utilizándose.

Seguidamente enumeraremos los programas actualmente vigentes en Andalucía; ello, nos llevará a comprobar, una vez más, el desajuste entre la normativa a nivel estatal y la ejecución por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Como ya hemos analizado, a nivel estatal se ha procedido a la programación y gestión de la oferta formativa mediante la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación. Sin embargo en Andalucía aún no se ha llevado a cabo la programación y gestión de tal oferta formativa, aplicándose la siguiente normativa:

Primera: Decreto 204/97, de 3 de septiembre, por el que se establecen los programas de Formación Profesional Ocupacional de la Junta de Andalucía[49]. Según establece este Decreto, los programas que se desarrollan son los siguientes: programa de FPO con compromiso de inserción laboral; programa de formación para trabajadores ocupados en pequeñas y medianas empresas de economía social, así como para trabajadores autónomos; programa de FPO dirigido a jóvenes desempleados; programa de FPO dirigido a mujeres; programa de FPO dirigido a personas con discapacidades y otros colectivos con especial dificultad de inserción laboral; programa de FPO dirigido a desempleados con especialidades demandadas prioritariamente por el mercado de trabajo; programa de FPO en actividades relacionadas con los nuevos yacimientos de empleo y con profesiones y actividades económicas emergentes; programa de acción para la mejora de la FPO. El SAE desarrolla estos programas a través de Centros Propios, Centros Colaboradores, Consorcios-Escuelas y mediante la

---

de un registro de centros y Entidades Colaboradoras en el ámbito territorial de Andalucía, coordinado con el registro general del INEM al que se remitirán los certificados de inscripción para la confección de un censo nacional de centros y entidades colaboradoras de formación profesional ocupacional. -La organización y ejecución de proyectos experimentales e innovadores de formación profesional ocupacional. –La expedición de títulos o certificados de profesionalidad de acuerdo a la normativa general que se apruebe. –El seguimiento de la formación profesional ocupacional en Andalucía.

[49] BOJA núm. 103, de 7 de septiembre de 2000.

participación de numerosas entidades entre las que puede mencionarse a título de ejemplo la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (FAFFE), el Instituto Andaluz de la Mujer, y el Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio.

Segunda: Orden de 12 de diciembre de 2000, de convocatoria y desarrollo de los programas de formación ocupacional de la Junta de Andalucía[50], modificada por la Orden de 17 de febrero de 2003[51].

Tercera: Orden de 25 de julio de 2000, por el que se regula el procedimiento de autorización administrativa para la actividad como centro colaborador de la formación profesional ocupacional de la Junta de Andalucía[52].

Cuarta: Orden de 4 agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía[53]. Estos planes de formación tienen una duración anual y en esta convocatoria se plantea la posibilidad de que por primera vez puedan participar trabajadores desempleados en las acciones formativas incluidas en los planes, hasta un máximo de. 40% de los alumnos, que además, podrán solicitar ayudas de desplazamiento, manutención, alojamiento y de conciliación de la vida familiar y laboral, así como becas para discapacitados.

3.4. **Formación en alternancia. Programas de empleo-formación**

3.4.1. ***Escuelas Taller y Casas de Oficio***

Se trata de acciones formativas para contribuir a la adquisición de las competencias profesionales de la ocupación mediante un proceso mixto, de empleo y formación, que permite al trabajador compatibilizar el aprendizaje formal con la práctica profesional en el puesto de trabajo. Este nuevo Subsistema de Formación Profesional para el empleo no introduce ninguna novedad en este campo, pues ya existía formación en alternancia desde que se crearon los Programas públicos de empleo-formación, concretamente los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficio –creados en 1985– y Talleres de Empleo –creados en 1999–. Es decir, se da continuidad a estos programas, pues no se ha creado por el momento ningún programa de empleo-formación. Esta formación en alternancia queda incluida dentro de la antes denominada Formación Profesional Ocupacional[54].

[50] BOJA núm. 146, de 19 de diciembre de 2000.
[51] BOJA, núm.50, de 14 de marzo de 2003.
[52] BOJA núm.103, de 7 de septiembre de 2000.
[53] BOJA núm. 166, de 21 de agosto de 2008.
[54] Véase Amor Bravo, E.: "Veinte años del programa de Escuelas Taller, Casas de oficios y Taller de Empleo (Reflexiones para el futuro)", RMTAS, núm. 71, 2008.

La formación en alternancia a través de Escuelas Taller y Casas de Oficio se regula en la OM de 14 de noviembre de 2001. Hay que resaltar que los proyectos de las Escuelas Taller y de las Casas de Oficios sólo podrán ser promovidos por órganos, organismos autónomos y entes públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, Entidades locales y organismos y entes dependientes de las mismas, consorcios, corporaciones, asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro[55].

Esta formación se aplica a actividades muy concretas, y sus elementos básicos son, también, muy particulares. De ellos tenemos que destacar:

Primero: El grupo de población al que va dirigido, integrado exclusivamente por jóvenes desempleados que tengan como máximo 24 años de edad[56]. La selección de estas personas se lleva a cabo por el Servicio Público de Empleo Estatal, en colaboración con la entidad promotora del proyecto, y siempre precedida de la tramitación de la oferta de actividad o de empleo por la Entidad Gestora. La selección, además de tener en cuenta la condición de desempleados, la edad y la posibilidad de celebrar un contrato para la formación, se regirá por los criterios que fije periódicamente el Ministerio de Trabajo.

Segundo: El tipo de formación profesional que se imparte a través de estos programas, que es de alternancia. Es una formación que se adquiere precisamente trabajando en las actividades propias de cada proyecto, aunque existen ligeras variantes entre las de las Escuelas Taller y las de las Casas de Oficio. Así, en las Escuelas Taller, existe una primera etapa formativa de iniciación y una segunda de alternancia con el trabajo, sin que en total pueda ser la duración del proyecto formativo inferior a un año ni superior a dos, dividida en fases de seis meses. Y en las Casas de Oficios, se articula también una primera etapa formativa de seis meses y una segunda de formación en alternancia que será igualmente de seis meses, por lo que la duración de la formación no superará el período de un año.

Tercero: El tipo de actividad que se realiza, de rasgos muy específicos: - En las Escuelas Taller, se trata de actividades relacionadas con la recuperación del patrimonio artístico, histórico, cultural o natural; la rehabilitación de entornos urbanos o del medio ambiente; la recuperación y acondicionamiento de infraestructuras de titularidad pública que sirvan de base para centros de iniciativa empresarial; cualquier otra actividad de carácter público o social que permita la inserción mediante la profesionalización y adquisición de expe-

[55] Hay que tener presente que la financiación de estas acciones es pública -concretamente a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal- y se articula mediante subvenciones a las entidades que organizan los proyectos formativos que se imparten en la Escuela Taller o Casa de Oficio.

[56] Según prevé el artículo 11.2, a) ET, modificado por la Ley 43/2006.

riencia del participante. –Y en las Casas de Oficios, la formación se orienta a la animación del empleo juvenil de carácter temporal, con implantación sobre todo en núcleos urbanos, que es donde el índice de desempleo juvenil es mayor. Este aprendizaje se combina con el trabajo productivo en actividades relacionadas con el mantenimiento y cuidado del entorno urbano y del medio ambiente; con la mejora de las condiciones de vida de los pueblos y ciudades mediante la dotación de servicios sociales y comunitarios, así como con cualquier otra actividad de utilidad pública y social que permita la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia de los participantes.

La formación en alternancia se articula en dos fases:

1) La primera fase formativa de iniciación, en la que se recibe formación ocupacional, resulta gratuita para el alumno, puesto que se sufraga mediante becas. La percepción de estas ayudas y becas es incompatible con la prestación o subsidio de desempleo, así como con retribuciones salariales por otros trabajos, naciendo el derecho a ellas una vez extinguido este otro tipo de ingresos[57].

2) La segunda fase es de formación en alternancia propiamente dicha, ya que es aquí donde se inicia el trabajo y la práctica profesional mediante su contratación por parte de las entidades promotoras bajo la modalidad del contrato para la formación, que se considera modalidad más adecuada. Cuando la formación esté vinculada a la oferta formativa de los certificados de profesionalidad, la superación de los módulos dará derecho a la expedición del certificado de profesionalidad correspondiente, o en su caso de las acreditaciones parciales acumulables si no se han superado todos los módulos formativos. En caso de que la oferta formativa no se vincule a certificados de profesionalidad, el alumno tendrá derecho a un certificado de asistencia y, en caso de evaluación positiva, a un diploma acreditativo[58].

3.4.2. *Talleres de Empleo*

La regulación de la formación ocupacional en Talleres de Empleo, que se contiene en el RD 282/1999, de 22 de febrero y en la OM de 14 de noviembre

[57] Se ha de tener presente que siempre que los alumnos cumplan los requisitos establecidos en la normativa reguladora de los programas, la concesión de estas becas se produce de forma inmediata, a través del régimen de concesión directa establecido en el RD 357/2006, de 24 de marzo.

[58] Así se deduce del artículo 11 RD 395/2007. Se ha de tener presente que con anterioridad a la entrada en vigor del RD 395/2007, el artículo 9 Orden de 14 de noviembre de 2001 preveía la expedición de un certificado con un contenido similar al que establece el artículo 11.2 ET en relación con los contratos para la formación; dicho certificado podía ser convalidado por el certificado de profesionalidad pertinente, si reunía los requisitos. Este precepto no ha sido derogado por el RD 395/2007, de modo que esta posibilidad de convalidación permanece abierta para los certificados expedidos con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma.

de 2001, pone de manifiesto un evidente paralelismo con la formación en Escuelas Taller y Casas de Oficio, pero también revela de manera inmediata cómo a pesar de estar ante una modalidad de formación ocupacional que se realiza a través del trabajo, lo que prima en dicha regulación es el objetivo de la creación de empleo. La inserción de los trabajadores desempleados a los que se dirigen estos programas no se configura como la consecuencia de la formación que ofrece, sino como su causa misma. De hecho, el preámbulo del RD 282/1999 contextualiza estos programas de formación en el plan nacional de empleo y en los compromisos comunitarios en la materia, fomentando la capacidad de empleo de grupos de trabajadores con especiales dificultades para ello, y califica el programa como mixto empleo-formación. Desde esta perspectiva, la formación profesional en los Talleres de Empleo mantiene vínculos más fuertes con las políticas de fomento a la colocación que la obtenida en las Escuelas Taller y Casas de Oficios[59].

Hay que destacar como elementos principales:

Primero: El grupo de población al que se dirige, que la propia norma califica como beneficiarios de los programas, integrado por desempleados mayores de edad, sin límite máximo de edad, que se encuentren en alguna de estas situaciones:– con especiales dificultades para integrarse en el mercado de trabajo, como sucede con los colectivos de parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidades. – los que se determinen como colectivos preferentes de actuación en los planes de empleo para cada año[60].

Segundo: El tipo de formación que se procura, que se orienta a mejorar las posibilidades de ocupación de aquellos trabajadores. A diferencia de lo que ocurre en las Escuelas Taller y Casas de Oficios, en este caso no se diferencian dos fases de formación sucesivas, sino sólo una, de manera que desde el inicio el trabajador recibe formación en alternancia con la prestación de servicios, combinando el tiempo de formación profesional teórica con el trabajo propiamente dicho.

Tercero: Las actividades que se desarrollan, que han de estar relacionadas con la realización de obras o servicios de utilidad pública y de interés social[61].

[59] Otro elemento de conexión es que la competencia recae también en este caso en los órganos de la Administración General del Estado, otros entes públicos de la misma Administración, Corporaciones Locales, Comunidades Autónomas, organismos autónomos, consorcios, fundaciones, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, como señala el artículo 2 RD 282/1999. Pero siempre que sean competentes para ejecutar las correspondientes obras o servicios objeto del proyecto y dispongan de capacidad técnica y de gestión suficientes, como puntualiza el artículo 2 OM de 14 de noviembre de 2001.

[60] Tener presente el artículo 11.2, a) ET, según redacción dada por la Ley 43/2006

[61] Concretamente, el alumno habrá de adquirir la formación profesional y práctica laboral precisa realizando dichas obras de utilidad pública o interés social, relacionadas con nuevos yacimientos de empleo, según se deduce del artículo 1.2 RD 282/1999.

La financiación se lleva a cabo mediante subvenciones a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, concedidas por el Servicio Público de Empleo Estatal o por los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma que haya asumido competencias en la gestión de estos programas. No es una financiación total del proyecto, de manera que las entidades promotoras habrán de cubrir el resto de los gastos. Tales subvenciones cubrirán los gastos de formación profesional ocupacional y educación complementaria, los costes salariales derivados de los contratos de trabajo celebrados hasta un máximo de 1,5 del SMI, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y las cuotas correspondientes de la Seguridad Social a cargo del empleador, por todos los conceptos[62].

La formación profesional debe ajustarse a unas reglas particulares: 1) Habrá de ser una formación adecuada a la actividad que el trabajador deba desempeñar siguiendo el proyecto o plan formativo que en su momento se haya aprobado con la entidad promotora. En cualquier caso, la formación deberá corresponderse con los contenidos mínimos precisos para obtener el correspondiente certificado de profesionalidad, siguiendo las normas correspondientes sobre aquéllos. 2) Es una formación profesional en alternancia desde el inicio, combinando en todo momento el trabajo con la formación y práctica profesional, cuyo tiempo de dedicación no puede ser inferior al veinticinco por ciento de la jornada máxima prevista en el convenio o, en su defecto, la máxima legal; este tiempo se determinará en función de las características del proyecto y de las necesidades individuales del participante. Y 3) La prestación de estos servicios se hará mediante la contratación del trabajador, "utilizándose al efecto como modalidad contractual más adecuada la del contrato para la formación", cuya duración está sujeta a unos límites entre seis meses y un año, puesto que no puede superar la duración del proyecto aprobado; aunque se aplican las normas propias del contrato para la formación, no rige en este caso el límite de edad.

3.4.3. *Programas de empleo-formación en Andalucía*

En cuanto a las competencias de las CC. AA. en esta materia destacamos, que aunque incluida en la Formación Profesional Ocupacional, no se produjo el traspaso en el año 1993, junto al plan FIP, sino que se llevó a cabo en el siguiente Decreto de Traspaso. Concretamente en Andalucía, en el Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Anda-

[62] Consúltese el artículo 6 RD 282/1999 y el artículo 9 OM de 14 noviembre de 2001.

lucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación[63]. Se produce el traspaso de la gestión y control de los programas nacionales de Escuelas Taller y Casas de Oficio y Unidades de Promoción y desarrollo, regulados por la Orden del MTAS de 14 de noviembre de 2000, incluyendo la programación, organización y gestión de las acciones, así como la homologación de Escuelas Taller y Casas de Oficio y la expedición de los certificados de profesionalidad; así como la gestión y control de los Talleres de Empleo regulados por el Real Decreto 282/1999, de 22 de febrero desarrollados por la Orden de 14 de noviembre de 2001, la expedición de los correspondientes certificados de profesionalidad, y también la gestión y control de las Unidades de Promoción y Desarrollo, configuradas estas últimas como módulos que colaboran en la preparación, acompañamiento y evaluación de los proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo.

En Andalucía sobre esta materia está vigente una amplia normativa. Así tenemos que destacar:

Primero: Orden de 8 de marzo de 2004, por la que se regulan los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas[64].

Segundo: Resolución de 14 de julio de 2004, de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se aprueba el Reglamento Marco de Régimen Interior de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, en desarrollo de lo dispuesto en la Orden que se cita[65].

Tercero: Orden de 8 de noviembre de 2006 por la que se fija un nuevo plazo de presentación de solicitudes de los programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Talleres de Empleo y Unidades de Promoción y Desarrollo, regulados por la Orden de 8 de marzo de 2004[66].

El estudio y la interpretación de esta normativa nos permiten destacar las características de estos programas en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En principio, lo mismo que la normativa estatal, la normativa autonómica se encarga de corroborar la finalidad de estas acciones: capacitar profesionalmente a colectivos con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo de acuerdo con las necesidades del mercado laboral a través de la reali-

[63] BOE núm. 103 de 30 de abril de 2003.
[64] BOJA núm. 73, de 15 de abril de 2004.
[65] BOJA núm. 155 de 09 de agosto de 2004.
[66] BOJA núm. 219, de 13 de noviembre de 2006.

zación de actividades de utilidad pública, social o artesanal que permitan su inserción, a través de la profesionalización y adquisición de experiencia, integrando la formación con la práctica profesional para mejorar así su empleabilidad. Por otro lado, en la normativa autonómica se señala cuáles son los destinatarios de las ayudas o subvenciones como entidades ejecutoras de las acciones formativas: no hay novedad con respecto a la normativa estatal; aunque limita estos destinatarios –como es lógico– a aquellos que tengan su sede territorial en Andalucía. Un dato práctico a tener en cuenta es que se puede obtener información sobre las Escuelas Taller y Casas de Oficio en Andalucía y de las actividades que se están realizando, mediante el Servicio Telemático de Orientación (STO) de Andalucía Orienta. Y por último, la normativa respeta la exigencia de los requisitos básicos para poder acceder a los programas de Escuelas Taller (jóvenes desempleados menores de 25 años) y Talleres de Empleo (desempleados mayores de 25 años) y además, una vez cumplidos estos requisitos, establece unos criterios a aplicar para determinar cuáles son los colectivos preferentes para participar en dichos Programas: usuarios de Andalucía Orienta, mujeres, demandantes de empleo de larga duración, demandantes de empleo en riesgo de exclusión; discapacitados, minorías étnicas, inmigrantes legalmente documentados; jóvenes sin formación reglada en la ocupación en la que van a ser posteriormente contratados –para el caso de Escuelas Taller y Casas de Oficio–; y no haber participado anteriormente como alumno, trabajador en una Escuela Taller Casa de Oficio o Taller de empleo[67].

En este sentido tenemos que traer a colación la STSJ de Andalucía (Granada), núm. 603/2003, de 24 de febrero[68], en la que se plantean dos cuestiones de indudable importancia para la gestión de los Talleres de Empleo. Además, estas conclusiones nos sirven para el resto de programas en alternancia.

La primera cuestión que se plantea afecta al tipo de retribución que perciben los participantes en los talleres de empleo. La sala considera que no cabe aplicar los convenios colectivos del sector (carpintería, albañilería…), dado que se trata de alumnos– trabajadores y no trabajadores, y la finalidad es concretamente no poder pagarle el salario superior al que recibe un trabajador de su misma categoría, a jornada completa y con contrato ordinario.

La segunda cuestión, muy relacionada con la primera, versa sobre el tipo de contrato que se le aplica, ya que en muchas ocasiones se formalizan contratos por obra o servicio determinado. La sala considera que "el contrato

[67] Consúltese Aznar Díaz, M.: Los centros de formación profesional ocupacional en Andalucía: Análisis de las variables Didácticas y organizativas de su oferta formativa, Editorial de la Universidad de Granada, 2008.

[68] JUR 2003/85394.

para obra o servicio determinado, de conformidad con el artículo 15 ET, está previsto para supuestos en los que hay una duración que coincide con la finalización de lo que es objeto de contratación, ausente de actividad formativa y con exacta concreción del lugar donde se han de prestar tales servicios. Por el contrario, el negocio que ahora se examina tiene por objeto la formación teórica y práctica que, en esta última faceta, se concreta en resultados en edificios públicos en los que se materializan los conocimientos impartidos". Ello significa, que en los Programas de Talleres de Empleo, la modalidad de contrato que se tiene que llevar a cabo es el contrato para la formación (artículo 11 ET). Así, no es posible formalizar un contrato para obra o servicio determinado (artículo 15 ET), y por tanto, al no aplicarse este contrato, tampoco se puede reivindicar por parte de los participantes en tales Programas que la retribución sea igual a la establecida en el Convenio Colectivo del sector a que se refiere su actividad práctica.

De momento, estos son los únicos programas que tienen cabida en el RD 395/2007 y que cuentan con una regulación normativa a nivel estatal. Pero, además, es posible que cada Comunidad Autónoma pueda crear sus propias herramientas en materia de empleo, y concretamente Andalucía crea un Programa de Experiencias Mixtas de Formación y Empleo específico en el ámbito de Andalucía, que cuenta con una normativa específica. Destaca: el Decreto 199/1997, de 29 de julio, por el que se establecen los Programas de Fomento de Empleo de la Junta de Andalucía; la Orden de 6 de marzo de 1998, por la que se desarrollan y convocan las ayudas públicas para Experiencias Mixtas de Formación y empleo, incentivos para la creación y mantenimiento de puestos de trabajo en Centros Especiales de Empleo[69]; la Orden de 27 de diciembre de 2000, por la que se modifica la Orden de 6 de marzo de 1998[70]; y la Orden de 16 de noviembre de 2001, por la que se convoca y se desarrolla el Programa de Experiencias Mixtas de Formación y Empleo[71].

Estos últimos programas mencionados son diferentes a los analizados y no tienen una legislación a nivel estatal que los regule. De ahí, la especial relevancia de los mismos. Su finalidad es aunar formación teórica con formación práctica, de manera que se puedan ofrecer al colectivo beneficiario de este programa los conocimientos y experiencias necesarias para su inserción laboral. Los destinatarios finales de este programa son jóvenes menores de 25 años sin empleo anterior y sin calificación profesional; y los beneficiarios de estas ayudas son las Entidades Locales que impulsan la realización de este tipo

[69] BOJA núm. 41, de 14 de abril de 2008.
[70] BOJA núm.2, de 4 de enero de 2001.
[71] BOJA núm. 148, de 27 de diciembre de 2001.

de experiencias. Estos programas se desarrollan a través de la colaboración de la Consejería de Empleo y Entidades Locales como Ayuntamientos o Diputaciones, siendo la duración del programa no superior a los 12 meses. Entre las especialidades formativas que se imparten en estos programas de experiencias mixtas de formación y empleo se incluyen las de escayolista, albañil, pintor, jardinero, alicatador, fontanero, soldado de estructuras metálicas, electricista, carpintero o trabajador forestal. Y el alumnado percibe durante todo el proceso formativo, una beca mensual equivalente al 75% del SMI.

Por otra parte, dentro de la Formación en alternancia se podrían incluir los Programas de Cualificación Profesional Inicial, que, como ya hemos analizado se encuadran dentro de la enseñanza no reglada y realizan una formación en alternancia pues son programas de formación para jóvenes sin cualificación profesional, destinados a mejorar su formación general y a capacitarles para realizar determinados oficios, trabajos y perfiles profesionales, contemplando la posibilidad de realizar prácticas en empresas. Pero su estudio se ha encuadrado en la Formación Profesional Reglada, ya analizada, por lo que aquí simplemente se remite a ese análisis.

4. INSTITUCIONES DE FORMACIÓN PROFESIONAL EN ANDALUCÍA

En materia de empleo, y concretamente en materia de Formación Profesional, están implicadas numerosas Administraciones, así como agentes sociales y otras instituciones que colaboran en la gestión de las políticas de empleo. Por lo que es necesario una adecuada coordinación, y para ello se han creado en las Comunidades Autónomas organismos que facilitan dicha coordinación entre todas las instituciones implicadas, para poder hacer efectiva una buena relación entre los dos grandes subsistemas de Formación Profesional: la Formación Profesional Reglada y la Formación Profesional para el Empleo.

Así, en Andalucía contamos con diversas instituciones de formación profesional: el Consejo Andaluz de Formación Profesional, el Plan Andaluz de Formación Profesional y el Instituto Andaluz de las Cualificaciones Profesionales.

4.1. Consejo Andaluz de Formación Profesional

El éxito de una política de formación profesional exige una coordinación de los subsistemas que la integran, y ello es posible a partir de una adecuada política conjunta de formación que garantice una estrecha vinculación entre formación y empleo. Este propósito de coordinación se ha visto reflejado en

Andalucía mediante la creación del Consejo Andaluz de Formación Profesional (CAFP). Se crea por el Decreto 151/1994, de 15 de noviembre[72], y posteriormente se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento por la Orden de 23 de julio de 1996, conjunta de las Consejerías de Trabajo e Industria y de Educación y Ciencia[73].

El origen de esta institución se remonta al año 1993, donde el Acuerdo para el desarrollo Económico y Social de Andalucía, suscrito el 17 de mayo de 1993, recoge la consideración de la Formación Profesional como valor esencial para el desarrollo económico y social y con repercusión en la estructura productiva, la competitividad de las empresas, el acceso y el mantenimiento en el empleo de los trabajadores y el desarrollo personal de los ciudadanos. La intención es ordenar la formación para aumentar su eficacia y la asignación coordinada de responsabilidades entre los agentes que intervienen en la ejecución. En este Acuerdo se emplaza a la Administración autonómica y a las Organizaciones firmantes (Confederación de Empresarios, UGT y CC. OO de Andalucía) a crear un órgano de participación en las actuaciones en materia de Formación Profesional que se esté llevando a cabo en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Hay que destacar una característica importante con respecto a otros Consejos de Formación Profesional, creados en otras Comunidades Autónomas, la misma es que éste se crea como un órgano consultivo, pero adscrito a la Consejería de Empleo, a diferencia de lo que ocurre en otras Comunidades Autónomas en los que dicho Consejo está adscrito a la Consejería de Educación. Ahora bien, a pesar de estar adscrito a la Consejería de Empleo, la presidencia está desempeñada alternativamente por los Consejeros de Empleo y de Educación, por períodos anuales. Por otra parte, el CAFP -como el resto de los Consejos Autonómicos- se ha creado de forma similar al Consejo General de Formación Profesional, tanto en lo que se refiere a la naturaleza de los mismos, como a sus funciones, composición y funcionamiento.

En este trabajo no se pretende reproducir la normativa que crea el CAFP, lo relevante es hacer un breve comentario sobre las funciones que se le asignan en la normativa que lo crea y la realidad de éste en la práctica[74].

Este Consejo tiene asignadas las funciones de asesoramiento, consulta y participación en materia de formación profesional; coordinación de las actuaciones de Formación Profesional Reglada y Formación Ocupacional en la Comunidad Autónoma Andaluza y en el marco de las políticas nacionales y

[72] BOJA núm.2 de 5 de mayo de 1995.

[73] BOJA núm. 98, de 27 de agosto de 1996.

[74] Consúltese, con carácter general, el estudio realizado por el Ministerio de Trabajo, en el año 2002, sobre los Consejos y Programas de Formación Profesional en España: http://www.mepsyd.es/educa/incual/pdf/2/21Consejos_Publicacion.pdf

comunitarias de Formación Profesional; información sobre cualquier asunto que en esta materia le sea sometido por las distintas Consejerías, así como emitir propuestas y recomendaciones sobre dicha materia; tiene asignada también el estudio, análisis y difusión de los aspectos relativos al mercado de trabajo en Andalucía, y determinar las prioridades que sirvan de base para la elaboración de los programas de Formación Profesional; así como el control y evaluación de la ejecución de la Formación Profesional. Sin embargo, la realidad de estas funciones en la práctica difiere a las asignadas en la normativa que creó el CAFP. Del Informe presentado por el Ministerio de Trabajo en el que se determinan las actividades de cada uno de los Consejos Autonómicos de Formación Profesional, se puede comprobar que la principal función que se realiza es la de información que cada año muestran sobre las actividades realizadas por cada Consejería que tiene competencia en materia de Formación Profesional, o dar a conocer las actividades desarrolladas previstas en el Plan Andaluz de Formación Profesional o de los trabajos realizados por el Instituto Nacional de las Cualificaciones, informes de ejecución de determinados programas, muestra de las Profesiones y el empleo en Andalucía, y en menor medida llevan a cabo el análisis de proyectos normativos, tanto en materia de formación profesional reglada como no reglada, principalmente en relación a la Formación Profesional Ocupacional.

En un momento en el que la estructura de la Formación Profesional ha cambiado por completo, al crearse el Subsistema de Formación para el Empleo, es necesario que la coordinación sea efectiva, y para ello el CAFP puede desempeñar una importante función, no sólo de información, sino mediante la realización de actividades para coordinar tanto la Formación Profesional reglada como no reglada, así como implicándose directamente en la puesta en marcha del Subsistema de Formación para el Empleo que, como ya se ha visto en apartados anteriores, este subsistema aún no funciona en Andalucía.

4.2. **Plan Andaluz de Formación Profesional**

El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, en su reunión del día 2 de febrero de 1999, aprueba el Plan Andaluz de Formación Profesional para el período de 1999 a 2006 en el que se establece como fines principales la consideración de la Formación Profesional como uno de los factores estratégicos clave de las políticas que pretenden un incremento de la competitividad, la creación de empleo y la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos y el medio ambiente. Dicho Plan –que ya ha finalizado– estaba estructurado en ocho puntos, donde se procedía a hacer un análisis histórico de la Formación Profesional en Andalucía, pasando a definir el modelo de Formación Profesional y las competencias de Andalucía en dicha materia; se establecían los

objetivos a tener en cuenta durante el período de vigencia del Plan; también determinaba las actuaciones de formación profesional en cada uno de los subsistemas de formación (Reglada, Ocupacional y Continua), así como las comunes a los tres, así como trataba el seguimiento y evaluación, y el marco jurídico en el que se encuadraba dicho Plan.

Los objetivos que se fijaron en el Plan Andaluz de Formación Profesional fueron los siguientes: planificar la oferta formativa en función de las demandas de formación y de las necesidades del mercado de trabajo; establecer un sistema de orientación e información profesional; definir un sistema unificado de cualificaciones profesionales; disponer de un sistema de formación profesional de calidad; mejorar la relación Empresa-Formación para la adaptación de los recursos humanos a las características de la demanda de trabajo y fomentar la vocación empresarial; implementar/optimizar los recursos públicos y privados disponibles en Formación Profesional; y potenciar la participación en programas europeos e iniciativas comunitarias relacionadas con la Formación Profesional.

Y dentro de las actuaciones que han realizado, es de destacar la creación de la Agencia de las Cualificaciones Profesionales, y el desarrollo de una prospección del mercado de trabajo que permita un mayor conocimiento de los perfiles profesionales que son demandados en el mercado de trabajo. Sin embargo, preveía la creación de una red de centros integrados de formación profesional, previsto en la Ley 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y la Formación Profesional, y desarrollado a nivel estatal por el Real Decreto 1558/2005 por el que se regulan los requisitos básicos de los centros integrados de formación Profesional.

Ahora bien, en Andalucía no se han puesto en funcionamiento tales centros integrados de formación como centros que impartan formación profesional del sistema educativo. La Resolución de 30 de octubre de 2007[75], de la Secretaría General Técnica, sometió a información pública el Proyecto de Decreto por el que se regulan los Centros Integrados de Formación Profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Pero, hasta día de hoy, no se han regulado ni puesto en funcionamiento.

Terminada la vigencia del Plan Andaluz de Formación Profesional, se tendría que elaborar un II Plan, en el que se podría encargar de estructurar el nuevo subsistema de Formación para el empleo, así como la coordinación de éste con la Formación reglada; aspectos que por el momento no se han llevado a cabo en Andalucía.

[75] BOJA núm. 223 de 30 de octubre de 2007.

4.3. **Instituto Andaluz de Cualificaciones Profesionales**

La creación del Instituto Andaluz de Cualificaciones por el Real Decreto 1/2003, de 7 de enero[76], no es una creación única a nivel de Andalucía sino que se ha creado en el resto de Comunidades Autónomas.

Quizá puede sorprender la creación en la Comunidad Autónoma de Andalucía de un Instituto de estas características, ya que el instrumento para conseguir la integración de la Formación Profesional es el Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales (LO 5/2002); es decir, dicho Catálogo se crea a nivel nacional y no a nivel autonómico, regulado por el Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, completado a su vez por reales decretos posteriores que incluyen nuevas cualificaciones al Catálogo.

Así, teniendo en cuenta la elaboración estatal del Catálogo de las Cualificaciones Profesionales, el Instituto Andaluz que adquiere la misma denominación, tiene, entre otras funciones, la de identificar las ocupaciones y las profesiones y definir las cualificaciones profesionales relacionadas con las mismas en Andalucía, haciéndolo en colaboración con la Consejería de Empleo, pues este Instituto está adscrito a la Dirección General de Formación Profesional de la Consejería de Educación y Ciencia, según establece la Resolución de 1 de diciembre de 2005, de la Dirección General de Formación Profesional y Educación permanente, por la que se aprueba la Carta de Servicios del Instituto Andaluz de Cualificaciones Profesionales[77].

5. **FORMACIÓN PROFESIONAL DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO**

El Capítulo V de la Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) aparece dedicado al "fomento y promoción del trabajo autónomo". El objeto de este Capítulo es establecer toda una serie de medidas que tienen como fin promover la cultura emprendedora, reducir los costes en el inicio de la actividad por cuenta propia, impulsar la formación profesional y favorecer el trabajo autónomo mediante una política fiscal adecuada, en un intento de trazar las líneas generales de lo que se entiende a nivel estatal, que ha de ser una política destinada al fomento del autoempleo. Si bien, esta puntualización que incluye la LETA no es original, ya estaba prevista en normativa anterior[78].

[76] BOJA núm. 29, de 12 de febrero de 2003.

[77] BOJA núm. 1 de 3 de enero de 2006.

[78] En este sentido, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) y la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de Cualificaciones y de la Formación Profesional.

A la Formación profesional y al asesoramiento técnico está dedicado el artículo 28 LETA, en el cual, la formación profesional aparece contemplada en sus dos vertientes, tanto inicial como continua[79].

En lo relativo a la formación inicial, es necesario poner de manifiesto que uno de los principales déficit que afectan en nuestro país al desarrollo de las iniciativas de autoempleo, consiste precisamente en que la asunción de riesgos que resulta circunstancial a cualquier actividad empresarial, no se encuentra adecuadamente fomentada en el diseño de nuestros ciclos formativos, lo cual representa un importante efecto desincentivador de las experiencias de autoempleo, y de lo que se hace derivar en gran parte, el déficit de cultura empresarial que padecemos en nuestro país. Para poner fin a esta situación sería necesario acometer todo un cambio cultural, actuando desde la propia política de formación profesional, tanto en su vertiente reglada como ocupacional, de manera que este objetivo encuentre una adecuada acogida en el diseño de los propios planes formativos, alentando el aprendizaje de las materias adecuadas para hacer nacer en los sujetos, las habilidades y actitudes profesionales necesarias para llevar a cabo con éxito este tipo de experiencias.

Hasta el momento, las lagunas y deficiencias que se han venido detectando en este nivel formativo se han intentado suplir, por una parte, con la puesta en marcha de iniciativas de colaboración entre los distintos niveles territoriales de la Administración; y por otra, con la entrada en escena de la iniciativa privada, a través de entidades sin fines lucrativos[80].

Otro de los inconvenientes que presenta esta política de fomento del autoempleo en su faceta formativa, se refiere al escaso acceso a la formación continua que presentan los trabajadores autónomos en nuestro país[81].

La necesidad de prestar una atención específica a esta vertiente de la formación continua en el caso de los trabajadores autónomos, ya fue puesta de manifiesto por otra parte, en el Acuerdo de Formación Profesional para el empleo, alcanzado por los interlocutores sociales el 7 de febrero del 2006, donde aparecen especificadas las actuaciones que habrá de incluir esta oferta de formación continua dirigida a los trabajadores autónomos.

Por tanto, también en esta dimensión de la formación continua, el artículo 28 LETA se limita a proclamar el objetivo general de "propiciar la formación

[79] Véase un análisis general sobre estas cuestiones en Molina Hermosilla, O.: El autoempleo como solución –más pretendida que real– para la inserción de colectivos más desfavorecidos. AS, n.16, 2007.

[80] En este sentido, hay que traer a colación el "Programa Universidad Emprende" realizado entre distintas Universidades españolas y las Confederaciones de Empresarios, con el fin de prestar información y asesoramiento a los estudiantes interesados en el desarrollo de un proyecto de autoempleo.

[81] Repárese que en España sólo uno de cada ocho autónomos accede a esta formación.

y readaptación profesionales de los trabajadores autónomos, facilitando su acceso a los programas de formación profesional", sin que el mismo aparezca revestido de ninguna garantía adicional de la que fuera posible concluir que ha quedado configurado un derecho subjetivo de los trabajadores autónomos a participar en esta formación continua.

En este sentido, en el ámbito de Andalucía existe una normativa de apoyo a las iniciativas de autoempleo. Se trata del Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía y la ORDEN de 15 de marzo de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006[82]. Este Decreto si ha sido capaz de percibir con más acierto que la normativa estatal, uno de los mayores inconvenientes que en la práctica se vienen oponiendo a esta participación de los autónomos en esta faceta de formación continua. Se trata de la falta de adecuación de estos cursos a los horarios y al resto de circunstancias específicas que rodean el desarrollo de las actividades por cuenta propia, de tal manera que ha venido a establecer para estos casos un principio de especialización sectorial, disponiendo en tal sentido que la programación de las actividades formativas que se diseñen tanto en su vertiente continua como ocupacional, habrá de realizarse "atendiendo a las características de los distintos sectores en cuanto a horarios y otras circunstancias específicas"[83].

Por OM 1622/2007 de 5 de junio[84], se ha aprobado el nuevo programa de fomento del trabajo autónomo. De esta forma, queda sin efecto el anterior recogido en la Orden de 21 de febrero de 1986. La OM 1622/2007 trata de delimitar los contenidos comunes de este programa de promoción del empleo autónomo, que serán de aplicación en todo el país, sin perjuicio de su ejecución por parte de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos de actuación. El nuevo programa establece cuatro líneas de subvención. De ellas es preciso destacar la subvención para formación.

El art. 3 d) OM 1622/2007 recoge esta subvención, destinada a la financiación parcial del coste de cursos relacionados con la dirección y gestión empresarial y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, a fin de cubrir las necesidades de formación del trabajador autónomo, durante la puesta en marcha de la empresa.

Tal y como reconoce el nuevo programa de fomento del trabajo autónomo en el Preámbulo de la OM 1622/2007, se trata de una subvención muy poco

[82] BOJA núm. 64, de 30 de marzo de 2007.
[83] En este sentido, el artículo 16.2 Decreto 175/2006.
[84] BOE de 7 de junio de 2007.

valorada por los destinatarios de esta política de fomento del autoempleo, y que sin embargo, resulta necesaria para solventar la falta de conocimientos gerenciales que presentan en muchos casos las personas interesadas en desarrollar este tipo de iniciativas, por lo que el objetivo que se marca la norma es hacer esta subvención más atractiva para sus destinatarios. Para conseguir este objetivo se establece esta nueva línea de subvención cuya cuantía será de un 75% del coste de los cursos recibidos, con un tope máximo de 3.000 euros.

6. **VALORACIÓN CRÍTICA Y CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta todos los cambios que se están produciendo en la normativa estatal sobre Formación Profesional, ha sido oportuno en este contexto analizar las políticas públicas que lleva a cabo la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia, y ello porque el espacio autonómico de política de formación profesional y de empleo es relevante por la importancia del tema, y por la importancia económica de estas políticas, a las que dedica un porcentaje creciente de los presupuestos públicos[85].

No se puede tratar de forma general las políticas públicas que lleva a cabo Andalucía en materia de Formación Profesional en general, sino que hay que analizar cada uno de los Subsistemas, para después tratarlos de una forma global.

– Así, en cuanto a la Formación Profesional Reglada, Andalucía es la Comunidad Autónoma que cuenta con el mayor número de estudiantes Formación Inicial[86]. Para hacer frente a la formación de este alumnado, se están llevando a cabo medidas para adecuar la oferta pública de Formación Profesional a las necesidades del tejido productivo andaluz, entre las que destaca los Programas de Cualificación Profesional inicial y que llevan tan sólo un curso académico en funcionamiento, o los Módulos de Formación en Centros de Trabajo –ambos regulados a nivel estatal ya que la competencia de la ordenación del sistema educativo le corresponde al Estado– tanto en la Formación Profesional de base, como en la Formación Profesional específica.

[85] Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: "Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional". RL, Tomo I, 2004.

[86] En el curso académico 2007-2008 el número total de alumnos fue de 89415, siendo más alta la tasa bruta de escolarización de grado medio (26.5%) que la de grado superior (19.7%). Véase HOMS, O.: La formación profesional en España. Hacia la sociedad del conocimiento. Colección de Estudios Sociales. Volumen 25. Obra Social la Caixa, 2008 (www.laCaixa.es/ObraSocial).

A pesar de las altas tasas de alumnado de Formación Profesional, se tiene que seguir avanzando en su promoción mediante la .realización de campañas de difusión y publicidad e intensificar la orientación e información tanto de la oferta de ciclos formativos como de las posibilidades de inserción laboral.[87]

Dicha información también se tiene que extender para orientar al alumnado para que elija módulos profesionales con posibilidades de inserción, evitando módulos que ya estén saturados en el mercado de trabajo o que no sean útiles en un ámbito geográfico determinado.

Por último, es muy positivo un aspecto que contiene el Decreto 436/2008, de 2 de septiembre, por la que se establece la ordenación y enseñanzas de la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo, ya que establece en su artículo 6 que "para la obtención de los títulos se podrán reconocer las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de las vías formales de formación, de acuerdo con lo recogido en el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/2002". Es muy necesario que se lleve a cabo, pues beneficiaría a colectivos en riesgo de exclusión y posibilitaría la inserción laboral de dichos colectivos.

– En cuanto a la Formación Profesional para el Empleo, Andalucía cuenta con el traspaso de competencias en esta materia, concretamente iniciada en el año 1993 y terminada una década más tarde, en el año 2003 y, finalmente, en el año 2005. Cuenta con competencias de gestión, aunque como se ha comprobado, se excede en alguna ocasión de la mera gestión, creando programas específicos, como es el caso de la creación de programas públicos específicos de empleo-formación. Se ha comprobado que Andalucía no tiene adaptada la gestión de la Formación Profesional al nuevo Subsistema –estatal- de Formación Profesional para el empleo, pues de momento está aplicando normativa anterior a la creación de este Subsistema. Debería incidir, sobre todo, en cursos para desempleados, pues como se ha comprobado son éstos los que más solicitan esta formación (95%).

– Ha sido muy común en todas las épocas, la participación de Entidades Colaboradoras en la Formación Profesional, es decir, tanto en la Formación Profesional Reglada como en la Formación Profesional para el Empleo. La LO 5/2002, de Cualificaciones y la Formación Profesional, hace referencia a éstas, pues contempla la creación de los Centros Integrados de Formación Profesional regulados a nivel estatal por el Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, aunque actualmente no están desarrollados en Andalucía, pues a pesar de que la Ley 17/2007, de Educación, también contempla su creación, tan sólo se

[87] Casquero Romás, A. y Navarro Gómez, Mª. L.: "La demanda de formación profesional reglada en el período de la LOGSE", www.pagina.aede.org

cuenta con un Proyecto de Decreto que regula estos Centros Integrados de Formación Profesional. Su intención es la de impartir ofertas formativas referidas al Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales conducentes a la obtención de los títulos de FP (reglada) y los certificados de profesionalidad (Formación Profesional para el empleo). Es necesario crear este tipo de Centros que de respuesta a las necesidades del entorno laboral y a las demandas de formación de la población a lo largo de toda la vida así como incorporar servicios de información y orientación profesional para poder conocer los itinerarios formativos y profesionales que más convienen en cada momento. Sería necesario para coordinar todos los subsistemas de Formación Profesional, ya que las actuales Entidades Colaboradoras en la Formación son centros especializados para cada tipo de formación.

- Como ya también se ha puesto de manifiesto en este estudio, no faltan órganos que se encarguen de la coordinación en materia de Formación Profesional en Andalucía. Sin embargo, del análisis del Consejo Andaluz de Formación Profesional se ha detectado la falta de una coordinación efectiva entre los subsistemas de Formación Profesional. En un momento en el que se está produciendo un cambio importante a nivel estatal en la materia, y que afecta directamente a las Comunidades Autónomas al encargarse éstas de su gestión, es necesario que el CAFP se replantee las funciones que está desempeñando, dándole prioridad a la necesidad de determinar cómo se puede llevar a cabo una adecuada coordinación entre el Subsistema de Formación para el Empleo y la Formación Profesional Reglada. Por otra parte, sería necesaria la puesta en marcha del II Plan Nacional de Formación Profesional, dados los cambios que se están produciendo en esta materia.

Con este estudio se ha pretendido contribuir a poner de manifiesto cuál es la actuación de Andalucía en materia de Formación Profesional, enmarcando sus competencias teniendo en cuenta el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, y analizando cual es la situación actual en Andalucía y su adaptación a los nuevos cambios operados a nivel estatal. Sirvan todas estas consideraciones para contribuir a la comprensión, al debate y a la propuesta de las modificaciones necesarias y pertinentes.

DIÁLOGO SOCIAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA: UNA ÓPTICA DE GÉNERO. LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS EN EL ÁMBITO ANDALUZ

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras Clave: Negociación Colectiva, Género, Igualdad, Andalucía**

El objetivo de eliminar la situación de discriminación por razón de género en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en especial en el del empleo, se establece en su Estatuto de Autonomía y normativa de desarrollo. Los datos estadísticos manifiestan una mejora en este ámbito, pero menos favorable que la media nacional. La concertación social y la negociación colectiva constituyen, en todo sistema democrático de relaciones laborales, instrumentos de primer orden para conseguir el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo. Sin embargo, es probable que en tiempos de crisis las reivindicaciones de las mujeres pasen a ser totalmente secundarias.

Prueba de ello son las dificultades que están surgiendo en el diseño y acuerdo de los Planes de Igualdad en las empresas a pesar de los intentos de las Administraciones Públicas. Se aprecia una dificultad para la realización de buenos diagnósticos y una tendencia a justificar las situaciones de discriminación detectadas en causas externas a las empresas lo que está conduciendo a que los Planes de Igualdad acordados sean relativamente escasos y, en general, consistan en un conjunto de declaraciones de buenas intenciones, muy alejados de los requerimientos recogidos en la Ley.

ABSTRACT **Key Words: Collective Bargaining, Gender, Equality, Andalusia**

The aim of eliminating gender discrimination in the sphere of the Autonomous Community of Andalusia, especially with regard to employment, is established in its Statute of Autonomy and developing regulations. Statistical data show an improvement in this area, although less favourably than the national average; hence, there is still a lot to be done. Social agreements and collective bargaining constitute, in any democratic industrial relations system, first-order instruments to achieve the objective of equality between women and men in employment. However, in the current crisis climate, women's demands will probably become secondary.

Proof of this are the difficulties arising in the development and agreement of Equality Plans in undertakings despite the efforts from Public Administrations. There seems to be difficulties to carry out good diagnostics and, moreover, rejection from undertakings to assume the situations shown by the diagnostics made, together with a tendency to blame discrimination situations detected on external reasons; the refusal to establish quantified and assessable positive action objectives is leading to a scarce number of Equality Plans, and to these plans, in general, being limited to a list of good intentions, far from the requirements established by Law.

ÍNDICE

1. Introducción: La situación de las mujeres en el mercado de trabajo andaluz.
2. La necesaria implicación de los interlocutores sociales en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el empleo
3. Situación de la negociación colectiva andaluza en óptica de género
   3.1. La regulación convencional en materia de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo
   3.2. La conciliación y la corresponsabilidad
   3.3. La discriminación retributiva
   3.4. La regulación convencional de la salud laboral en óptica de género
   3.5. La violencia de género en el trabajo
4. Los Planes de Igualdad en la comunidad andaluza
Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN: LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO ANDALUZ

El objetivo de eliminar la situación de discriminación por razón de género y conseguir una situación de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en especial en el del empleo, se establece en el Art.10.2 del Estatuto de Autonomía que asume como objetivo básico propiciar "*…la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquélla en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social"*.

En su desarrollo, la Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, el Capítulo II Arts.22 y ss. señala que *"1. Será un objetivo prioritario de la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía la igualdad de oportunidades en el empleo. A tal efecto, se llevarán a cabo políticas de fomento del empleo y la actividad empresarial que impulsen la presencia de mujeres y hombres en el mercado de trabajo con un empleo de calidad, y una mejor conciliación de la vida laboral, familiar y personal. 2. La Administración de la Junta de Andalucía desarrollará las medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades y la superación de las situaciones de segregación profesional, tanto vertical como horizontal, así como las que supongan desigualdades retributivas."*

Parece necesario analizar en qué medida el objetivo de conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo andaluz, establecido de la forma señalada en las normas estatutarias y legales andaluzas, se está consiguiendo.

Desde una óptica evolutiva parece conveniente hacer referencia a una reciente publicación del Instituto de la Mujer "*Mujeres en cifras 1983-2008"*

en la que se realiza un estudio comparativo y evolutivo sobre la situación de las mujeres en la Unión Europea, España y las diferentes comunidades autónomas en diversos ámbitos, entre ellos el del empleo. A estos efectos, es necesario señalar que en el estudio se constata una evolución favorable en todos los niveles analizados. En el ámbito europeo, la tasa de actividad femenina ha pasado del 32,2% en 1983 al casi 50% en 2007, en el nacional, la tasa de actividad femenina ha pasado del 29,48% (alrededor de cuatro millones de mujeres en términos absolutos) en 1982, al 49,37 en 2007 (tan solo en el bienio 2005-2007 se han incorporado al mercado de trabajo 740.000 mujeres). Similar evolución ha seguido la ocupación, sin embargo, el paro femenino sigue siendo elevado ya que el 54,38% de las personas paradas en 2007 eran mujeres. Es notorio que el paro femenino ha sido tradicionalmente muy superior al masculino, hasta el punto en que en el año 1994 la tasa de desempleo femenino llegó a casi doblar la masculina (32% frente al 19%).

El estudio resalta la existencia de una tendencia histórica hacia una mayor afectación a las mujeres de las situaciones de crisis económica; en otros términos, los ciclos en que el paro se incrementa, han venido teniendo una mayor repercusión en las mujeres, así la crisis de los 80 que empezó a remitir para los hombres a partir de 1985, se mantuvo de forma importante hasta el final de la década en el caso de las mujeres y algo muy similar ocurrió en la década de los 90. En 1998, el diferencial entre la tasa de paro masculina y la femenina alcanzó los 13 puntos porcentuales. Este diferencial se reduce en momentos de crecimiento: en 2007 el diferencial alcanzó su valor más pequeño en la historia, de solo 4,17%. Sin embargo, la situación de crisis que atravesamos no parece presentar esta tendencia. La EPA del último trimestre de 2008 pone de manifiesto los siguientes datos:

– El número total de activos en el segundo trimestre de 2008 es de 22.806.700, con un aumento de 230.200 personas respecto al precedente. La tasa de actividad es del 59,76%, lo que supone 42 centésimas más que el trimestre anterior. El número de activos varones se cifra en 13.042.300, con un incremento de 99.800. La tasa de actividad masculina sube 31 centésimas en el trimestre y queda en el 69,64% mientras que el número de mujeres activas aumenta en 130.500 en este trimestre y se sitúa en 9.764.400. La tasa de actividad femenina aumenta 52 centésimas, hasta alcanzar el 50,25%, superando por vez primera el umbral del 50%. En los últimos 12 meses el número de activos ha aumentado en 679.400, de los que 425.500 son mujeres.

– El número de ocupados se sitúa en 20.425.100 personas, 22.900 más que en el primer trimestre del año. En los últimos 12 meses el número de ocupados ha crecido en 57.800. La ocupación aumenta entre las mujeres (87.400 ocupadas más que en el trimestre precedente), pero desciende en 64.500 entre los varones. En evolución interanual, hay 206.100 mujeres más ocupadas; por

el contrario, en los últimos 12 meses hay 148.300 varones menos con empleo. La razón parece estribar en el hecho de que las mujeres están concentradas en el sector servicios y la pérdida de empleo se está produciendo básicamente en los restantes sectores, especialmente en la construcción, sector en el que el número de mujeres es meramente testimonial; de hecho, el número de ocupados en agricultura desciende en 41.800 y se sitúa en 880.900, los ocupados en la industria bajan en 68.400 personas hasta un total de 3.273.200 y en el sector de la construcción se produce en este segundo trimestre del año una bajada en el número de ocupados de122.400, quedando el empleo en el sector en 2.498.000. Por el contrario, en los servicios el número de ocupados se cifra en 13.773.000, con un crecimiento de 255.500 ocupados respecto del trimestre anterior.

– Por lo que se refiere al paro, el desempleo crece en el segundo trimestre de 2008 en 207.400 personas. El número total de parados en España se sitúa en 2.381.500, con un incremento de 612.600 en los últimos12 meses. La tasa de paro aumenta 81 centésimas y alcanza el 10,44%. El paro aumenta más entre los varones (164.300) que entre las mujeres (43.100). La tasa de paro de los hombres es del 9,07%, lo que supone 1,2 puntos de incremento respecto del primer trimestre de 2008. La de las mujeres sube 28 centésimas y se sitúa en el 12,28%. En definitiva, en los últimos trimestres se ha producido un progresivo acercamiento de ambas tasas aunque sigue existiendo un diferencial de más de tres puntos porcentuales.

La evolución favorable de la situación de la mujer en el mercado de trabajo en términos cuantitativos, es decir, de tasas de actividad, ocupación e incluso desempleo, a pesar de la crisis, no se manifiesta sin embargo, en términos cualitativos, en una mayor desegregación del mercado de trabajo, que sigue segmentado en función del sexo e incluso ha experimentado una evolución desfavorable. El tipo de ocupaciones que han experimentado un mayor crecimiento en el porcentaje de participación femenina han sido "*empleados/as de tipo administrativo"* y *"trabajadores/as en servicios de restauración, personales, protección y vendedores/as"*. Los datos muestran que, en el último decenio, se ha tendido a una mayor segregación horizontal del mercado de trabajo, por cuanto las ocupaciones masculinizadas y las feminizadas tienden a serlo en mayor medida. Por sectores de actividad el mayor incremento de participación femenina se ha producido en el sector servicios, constituyendo el único sector donde en 2007 existía un mayor porcentaje de población ocupada femenina (53,2%), mientras que en la industria, el porcentaje de ocupación femenina solo se ha incrementado en un 5,3%. Casi todo el incremento en el porcentaje de participación femenina se debe al trabajo asalariado y de manera muy particular, el sector público, en el que la participación de las mujeres se ha incrementado desde el 29,2% existente en 1982, hasta el 52,77% en 2007, lo

cual le convierte junto con la ayuda familiar en los dos único casos en que la participación femenina es mayoritaria.

Por lo que se refiere a modalidades contractuales, es claramente detectable una clara feminización del trabajo a tiempo parcial que además se ha incrementado en los últimos doce años. Según los datos de la EPA, en este trimestre se registran 2.449.200 ocupados a tiempo parcial (1.954.900 mujeres y 494.300 hombres), prácticamente las mismas magnitudes que en el trimestre anterior, mientras que los ocupados a tiempo completo aumentan en 23.500 respecto del trimestre precedente. El número de mujeres con jornada completa sube en 88.500 y el de varones baja en 65.000. El porcentaje de ocupados a tiempo parcial es el 11,99%, prácticamente igual al 12,01% del trimestre anterior, pero el 83% de las personas asalariadas a tiempo parcial son mujeres.

Son asimismo mujeres el 46,1% de las personas que tienen contratos temporales y el 42,5% de las personas con contrato indefinido. Es necesario hacer notar respecto del tipo de contrato temporal, que mientras el mayoritario entre los hombres es el de "obra o servicio determinado", entre las mujeres lo es el de "interinidad", para cubrir la ausencia de otro trabajador/a con derecho a reserva del puesto de trabajo: el porcentaje de mujeres en este contrato alcanza el 72,5%.

Respecto a la retribución, se define la discriminación salarial como aquella parte de la diferencia entre salarios medios femeninos y masculinos que no viene explicada por las diferentes características de las condiciones y situación de mujeres y hombres en el empleo (segregación horizontal y vertical), es decir, que se debe exclusivamente a la variable género. Según la Encuesta de Estructura Salarial de 2002, última publicada hasta el momento desagregada por sexos, la diferencia salarial media en el salario bruto por hora en España es del 20%, mientras que la discriminación salarial propiamente dicha alcanzaría un 17%. El Instituto de la Mujer abordó en 2007 un estudio para analizar este fenómeno en el que se pretendía establecer una comparación con los datos del anterior EES relativos a 1995. Tras establecer las operaciones precisas para homologar los datos, se comprobó que la diferencia salarial entre 1985 y 2002 había descendido un punto porcentual, mientras que la discriminación salarial se había incrementado en el mismo porcentaje. En otros términos, no se había producido en ese periodo mejora alguna en la situación de discriminación retributiva entre mujeres y hombres.

Para Andalucía, la evolución ha sido también favorable en términos cuantitativos. Por lo que respecta a tasa de actividad, en 1982 era del 20,36%, en 1995 pasó al 34,28% y en 2007 era 45,70% (casi 4 puntos inferior a la media nacional). En definitiva, la tasa de actividad andaluza ha venido de forma insistente siendo inferior a la media nacional, es 5,70 puntos inferior a la media europea, y en absoluto comparable a la existente en Estados miembros de la UE

como Dinamarca que presenta una tasa de actividad femenina de 61%, siendo una de las mas paritarias de Europa ya que la masculina se sitúa en el 71%. Respecto a la tasa de ocupación, en 1982 era del 15,83% mientras que en 2007 alcanzaba casi el 37%, lo que significa un notable aumento, pero aun insuficiente para alcanzar la medida nacional establecida en el 43,94% siendo una de las CCAA que presentan incrementos inferiores a la media a lo largo del periodo analizado, es decir, experimenta una evolución menos favorable que el resto de las CCAA.

Respecto a los efectos de la crisis, según pone de manifiesto la EPA del último trimestre de 2008, no se registran descensos apreciables en ninguna comunidad autónoma en cuanto a tasas de actividad; la femenina en Andalucía es del 46,22%, es decir, sigue siendo cuatro puntos porcentuales inferior a la nacional que se sitúa en el 50,25%. Por lo que respecta a la tasa de ocupación, los mayores descensos en el segundo trimestre de 2008 se observan en Andalucía (43.600 ocupados menos). Respecto a la evolución del paro, los mayores incrementos en este trimestre se dan en Andalucía (56.400), así como los mayores incrementos del número de parados en los últimos 12 meses (178.500 más). Por provincias, Granada (18,44%), Cádiz (18,2%), Almería (17,57%), Málaga y Jaén (16,38%) y Córdoba (15,64%) tienen las tasas de paro más altas de entre las provincias españolas en este trimestre. Además Andalucía se encuentra entre las comunidades autónomas con una mayor diferencia entre la tasa de paro masculina (13,87%) y la femenina (19,70%)

En términos cualitativos, la situación de segregación en función del sexo del mercado de trabajo andaluz parece ser aún mas intensa que en otras comunidades autónomas, estando las mujeres andaluzas básicamente integradas en el sector servicios personales y tradicionales, dado el mayor peso tanto de este sector como el de la construcción en la economía andaluza[1]. Por lo que se refiere a discriminación retributiva, el estudio del IM demuestra que existen importantes diferencias salariales entre mujeres y hombres, según la Comunidad Autónoma. El abanico constatado es amplio, llegando en comunidades como Extremadura a solo el 7% de diferencia salarial mientras que en otras como Cataluña, Castilla la Mancha o Aragón hasta el 26%. En Andalucía la diferencia se sitúa en un 13%, por debajo de la media nacional establecida en un 17% (el salario mensual medio de los varones andaluces es 512€ superior que el de las mujeres).

En definitiva, si bien la situación de las mujeres andaluzas ha mejorado notablemente en el ámbito del empleo en los últimos años, queda aun mucho

[1] Ruesga Benito, S., Martín Navarro, J.L., Pérez Ortiz, L. "Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo trimestre de 2008" Temas Laborales Nº97, pág. 202.

por hacer para conseguir el objetivo de garantizar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en la Comunidad Autónoma andaluza que propugnan tanto el Estatuto de Autonomía como la Ley 12/2007 para la igualdad de género, teniendo además en consideración, de un lado, la mayor afectación de la crisis económica en Andalucía y de otro, la afectación particular de esta en las mujeres andaluzas, la evolución de cuya situación se demuestra menos favorable respecto de la media nacional.

2. LA NECESARIA IMPLICACIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES EN LA CONSECUCIÓN DE LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL EMPLEO

El diálogo y la concertación social, constituyen, en todo sistema democrático de relaciones laborales instrumentos de primer orden en el desarrollo de la política social, siendo concebidos legalmente como medios incuestionables e insustituibles para conseguir el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres en el empleo. Así lo reconocen y asumen los propios interlocutores sociales en el VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía., en el que, de forma expresa, el Gobierno andaluz, junto a CEA, UGT y CCOO establecían que uno de los principales objetivos generales a cuya consecución debía contribuir el Acuerdo, alcanzar los tres millones de personas ocupadas en Andalucía en el horizonte de la actual legislatura, y reconocían que *"…. cualquier avance significativo en las mayores tasas de empleo sólo será posible y dará los resultados esperados, si se produce una apuesta firme y decidida por el crecimiento del empleo de la mujer y por su mayor incorporación a la población activa, así como, por superar las situaciones actuales de segregación profesional..."* por ello señalan que *"...junto a medidas específicas, este objetivo ha de estar presente en todas las actuaciones que se concierten"*.

La Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, señala en su Art. 28 que*"1. Partiendo del pleno respeto al principio constitucional de la autonomía en la negociación colectiva, la Administración de la Junta de Andalucía fomentará la inclusión de cláusulas destinadas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación por razón de género en la negociación colectiva en Andalucía. Se promoverá la elaboración de recomendaciones o cláusulas tipo en esta materia, y en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.*

2. Se realizarán actividades de sensibilización destinadas a fomentar la participación de las mujeres en la negociación colectiva. En los estudios que se realicen sobre la negociación se incluirá el papel de la mujer en la misma.

3. La Administración de la Junta de Andalucía garantizará que los convenios colectivos:

a. No contengan cláusulas contrarias al principio de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, ya sea esta discriminación directa o indirecta, y que no establezcan diferencias retributivas por razón de género.

b. Hagan un uso no sexista del lenguaje.

4. Las organizaciones sindicales procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

5. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá que los convenios colectivos incluyan el correspondiente análisis de impacto de género."

El mismo VI Acuerdo de Concertación Social, las partes asumen entre los objetivos de la Negociación colectiva en Andalucía, en el numerado como III.3.2 *Perfeccionar y desarrollar los contenidos de la negociación colectiva,* el de "*Potenciar cláusulas convencionales contra todo tipo de discriminación, en especial las relativas al género, promoviendo la inclusión en los convenios colectivos de las recomendaciones y orientaciones para la negociación colectiva, en orden a preservar la igualdad de oportunidades y la no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, suscritas en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía.*"

Con la finalidad de conseguir los objetivos propuestos y de profundizar en las tareas ya desarrolladas, durante la vigencia del VI Acuerdo de Concertación, se constituyó en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), entre otros, un Grupo de Trabajo de Igualdad, con el objetivo de favorecer la adopción de medidas e instrumentos destinados a eliminar todo tipo de discriminación, tanto por lo que se refiere al género, como respecto a otros colectivos considerados como desfavorecidos.

En concreto y con referencia al género, este grupo de trabajo adoptó, en sesión celebrada el 27 de junio de 2003 una serie de recomendaciones que posteriormente, el 1 de octubre de 2008 fueron en parte repetidas y en parte actualizadas con el objetivo de adaptarlas a las nuevas normas adoptadas en el ámbito de la igualdad, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y la Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. El objetivo de estas Recomendaciones era orientar a los poderes públicos y las unidades de negociación de convenios colectivos en su función de eliminar la situación de discriminación entre mujeres y hombres y conseguir una igualdad efectiva entre ambos sexos en el ámbito andaluz.

Las recomendaciones realizadas a los poderes públicos en dicho documento son las siguientes:

– Fomentar el consenso y el diálogo con los interlocutores sociales acerca de planes y políticas laborales de lucha contra la discriminación, siguiendo las

pautas marcadas por el Estatuto de Autonomía de Andalucía y los antecedentes de concertación que han caracterizado el modelo andaluz de relaciones laborales.
– Promover campañas de sensibilización dirigidas a la sociedad andaluza, con el objetivo de fomentar la igualdad y hacer efectivo el derecho a la no discriminación en todos los ámbitos, incluido el laboral, difundiendo una cultura respetuosa de la igualdad en la sociedad.
– Fomentar, en el ámbito andaluz, la constitución en los centros de trabajo de guarderías laborales que permitan conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.
– Fomentar el teletrabajo para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, posibilitando que las personas trabajadoras con responsabilidades familiares o al cuidado de personas dependientes realicen su trabajo, utilizando las tecnologías de la información, fuera de los locales de la empresa tanto a tiempo completo como parcial.
– Incentivar y asesorar a las PYMES para la elaboración de planes de igualdad cuando por obligación legal o por convenio colectivo aplicable tengan que elaborarlo.
– Incentivar y asesorar a las PYMES y microempresas para el diseño y aplicación de medidas y planes que garanticen el principio de igualdad.
– Incentivar y asesorar la elaboración de Planes de Igualdad en las empresas públicas de la Junta de Andalucía, así como la fijación de compromisos de evaluación periódica de estos Planes.11 Comisión de Igualdad
– Promover y apoyar el derecho a la empleabilidad y a la promoción profesional de las mujeres mediante su incorporación a los procesos de formación profesional, incluso, si fuera necesario, a través de cursos no presenciales. En especial, diseñar cursos y programas de formación que faciliten a las mujeres la actualización de sus conocimientos profesionales y la reincorporación al trabajo cuando han concluido las interrupciones de su carrera profesional por causas familiares.
– Implementar líneas específicas de fomento del empleo y del autoempleo de las mujeres, en especial de las mujeres con responsabilidades familiares.
– Establecimiento de planes de apoyo y asesoramiento de la actividad emprendedora acometida por las mujeres.
– Elaborar estudios de impacto de género de las medidas adoptadas por la Administración autonómica con especial atención a la materia de empleo de las mujeres en el ámbito concreto a que la medida se refiera.
– Reforzar el control de legalidad de los Convenios Colectivos en materia de igualdad con la adecuada atención y profundidad.
– Proponer a la Inspección de Trabajo la realización de actuaciones en materia de igualdad, desarrollando una función de asesoramiento a las empresas para la mayor efectividad del principio de igualdad.

De su parte, las Recomendaciones realizadas a los negociadores, comienzan con las siguientes Recomendaciones generales:

– Promover que las mesas de negociación tengan, en la medida de lo posible, una representación equilibrada atendiendo a la realidad de cada sector productivo.
– Los interlocutores sociales en todos los niveles procurarán agotar las posibilidades que la ley les concede en orden a alcanzar un nivel efectivo de igualdad de trato y de oportunidades.
– La negociación colectiva, a nivel sectorial, estructurará de forma articulada los contenidos convencionales en materia de igualdad, proponiendo niveles de negociación y señalando las materias más adecuadas a negociar en dichos niveles.
– Los Convenios colectivos, de todos los niveles, deben manifestar su voluntad de hacer efectivo el derecho a la no discriminación y de promocionar la igualdad de trato.
– Los Convenios procurarán respetar la utilización de un lenguaje no sexista así como la correcta adecuación de sus contenidos a la normativa vigente en esta materia.
– Los representantes legales de los trabajadores desarrollarán sus funciones observando los principios de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos de su actuación.

Por lo que se refiere a las recomendaciones específicas, a efectos didácticos se recogen en cada uno de los apartados referentes a materias concretas que se analizan mas tarde.

Transcurrido el periodo de vigencia del VI Acuerdo de Concertación Social, establecido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008 mi objetivo aquí es analizar en qué medida los objetivos propuestos y asumidos por los interlocutores sociales han sido conseguidos.

3. SITUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN ÓPTICA DE GÉNERO

A nivel nacional y según señala un relativamente reciente informe de la Secretaría de la mujer de CCOO[2], son en la actualidad bastantes los convenios

[2] *Igualdad de género en la negociación colectiva,* CCOO Documento confederal 25 marzo 2008.

colectivos negociados a nivel estatal que han recogido contenidos muy ligados a lo que la Ley de Igualdad establece en materia de derechos para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, compromisos frente a la discriminación por razón de sexo en el empleo, la formación, la promoción y la retribución y para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. También han sido negociadas algunas medidas de acción positiva como creación de Comisiones de Igualdad o asignación de competencias en esta materia a la Comisión Paritaria del Convenio.

Todo este tipo de medidas y compromisos se han recogido en convenios de empresa y en convenios de ámbito superior, sectoriales y de grupo de empresas. También en empresas de más de 250 trabajadores, que ya tenían suscritos acuerdos en materia de conciliación, de prevención frente al acoso sexual o de un conjunto de materias, han firmado nuevos acuerdos revisando y ampliando sus contenidos para incorporar otras mejoras y sobre todo para comprometer o comenzar la negociación de un plan de igualdad.

Por lo que se refiere a la negociación colectiva en el ámbito andaluz, han sido analizados todos los convenios de sector provincial firmados en el año 2008 en sectores en los que resulta probable algún nivel de feminización; así mismo han sido estudiados los convenios de empresa interprovincial negociados en el presente año alguno de ellos muy feminizado y por el contrario otros absolutamente masculinizados; también han sido analizados convenios de sector interprovincial negociados en 2008 de especial interés como los de Acuicultura Marina y el de Personal Docente e Investigador de las Universidades Públicas andaluzas[3].

[3] Han sido seleccionados únicamente convenios andaluces negociados en 2008 y normalmente de aquellos sectores o empresas en los/las que parecía probable la presencia de mujeres en sus plantillas. Solo de forma ejemplificativa se ha analizado algún convenio de empresa interprovincial en la que el número de mujeres es muy probablemente escasísimo (Transportes Generales COMES) o en el que ha habido problemas públicos de discriminación (Clínicas Pascual). En concreto, han sido analizados los siguientes convenios: Sector interprovincial.- Acuicultura Marina Andalucía, BOJA 22-10-2008, Vigencia 1-1-2008 / 31-12-2008.Personal docente e investigador de Universidad Públicas de Andalucía, BOJA 9-5-2008, Vigencia 9-5-2008/30-7-2009. Sector provincial: Comercio Textil, Almería, BOP 30-9-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2008;Estudios técnicos y oficinas de arquitectura, oficinas y despachos, Almería, BOP 30-9-2008 Vigencia 1-1-2008/31-12-2009; Hospitalización, asistencia, consultas y laboratorios, Almería, BOP 16-7-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2010; Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores, Almería, BOP 23-7-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2010; Establecimientos sanitarios privados, Cádiz, BOP 10-10-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2009; Comercio textil, mercería y paquetería, Cádiz, BOP 29-7-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2009; Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios, Cádiz, BOP4-8-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2008; Comercio en general, Granada BOP24-9-2008, Vigencia 1-1-2008-31-12-2009; Comercio, Huelva, BOP 23-5-2008, Vigencia 1-1-2007/31-12-2009; Hostelería, Huelva, BOP 23-7-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2009; Comercio alimentación, Huelva, BOP21-1-2008, Vigencia 1-1-2007/31-12-

Adelantando conclusiones, se podría decir que si bien se puede apreciar algún progreso en la situación de la negociación colectiva en Andalucía, paralelo al que parece haberse producido en el ámbito nacional, aún queda mucho por hacer para considerar en cumplimiento los objetivos asumidos por los interlocutores sociales. Son muchos los convenios que siguen ignorando la presencia de mujeres en sus ámbitos de aplicación, invisibilizando sus prioridades y reivindicaciones específicas e inaplicando el principio de transversalidad de género a que están obligados por imperativo legal. Sigue demostrándose la tradicional inercia negociadora que se manifiesta sobre todo en el nivel provincial de negociación. También es posible encontrar en los convenios andaluces cláusulas convencionales directa o indirectamente discriminatorias, muchas cláusulas sobre conciliación siguen sin ser adecuadas a las modificaciones introducidas en la materia por la LOIEMH. Finalmente, aunque pocos, se pueden encontrar convenios que recogen medidas de acción positiva, que a veces se ciñen a una declaración de principios o a una cláusula genérica de no discriminación.

3.1. **La regulación convencional en materia de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo**

Las recomendaciones del Grupo de Igualdad del CARL en esta materia, serían las siguientes:

Acceso al empleo

– Los Convenios colectivos determinarán para la selección de personal criterios neutros, es decir, no sexualmente caracterizados, como el esfuerzo físico, la penosidad, la peligrosidad o la disponibilidad, excepto cuando la naturaleza de la actividad a desarrollar así lo exija.

– Promocionarán medidas que fortalezcan la estabilidad en el empleo femenino. Para ello podrán promover y difundir los programas e incentivos que otorga en la materia la vigente legislación de empleo.

2009; Lavanderías industriales, Huelva, BOP23-6-2008, Vigencia 1-1-2005-21-12-2009; Actividades comerciales diversas, Jaén, BOP 8-9-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2010; Comercio alimentación, Jaén, BOP 29-7-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2010; Comercio textil, Jaén, BOP 8-9-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2010; Comercio general, Sevilla, BOP 8-4-2008, Vigencia 1-1-2007/31-12-2010. Empresa interprovincial: José Pascual Pascual SA, BOJA 23-4-2008, Vigencia 1-1-2007/31-12-2010; RENDELSUR (Refrescos Envasados del Sur) SA, BOJA 23-10-2008, Vigencia 1-1-2008/31-12-2011; Transportes Generales COMES, BOJA 4-7-2008, Vigencia 1-1-2007/31-12-2011.

– Se difundirá y propagará la existencia de medidas de fomento del empleo femenino, para su utilización y conocimiento por las empresas comprendidas en su ámbito de aplicación.

– Se impulsará la contratación de mujeres en aquellas profesiones y sectores en que las mujeres se encuentren infrarrepresentadas.

Promoción

– Los Convenios tenderán a establecer normas de promoción profesional que garanticen la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, contribuyendo a evitar la segregación y eliminar las denominaciones sexistas de las categorías profesionales.

– Se evitará que la delimitación de grupos, categorías y niveles se asocien a situaciones que puedan provocar discriminaciones por razón de sexo.

- Se promoverá el análisis de las causas que originan la segregación y feminización de determinadas categorías profesionales.

– Se favorecerá la promoción profesional de la mujer, tanto en el seno de las categorías feminizadas como, en especial, en aquellas que no lo son. Para ello se facilitará la continuación de la carrera laboral en los casos de cargas familiares y la reanudación de la misma cuando se ha interrumpido por estas causas.

Formación

– Los Convenios colectivos regularán la formación profesional orientada a incrementar la empleabilidad de la mujer, y la continuación de su carrera laboral y su promoción en el trabajo.

– Se tenderá a tomar en consideración especial la formación dirigida a mujeres que ocupen puestos con menor tasa de presencia femenina.

– Podrán establecerse cursos específicos para mujeres, o reservarles una parte de las plazas de cursos de formación generales.

– Se promoverá que las acciones formativas contribuyan a la conciliación de la vida familiar y personal, para lo cual junto a la formación presencial se promoverá la formación *on line* que posibilite el seguimiento no presencial.

Condiciones de trabajo

– Los Convenios Colectivos integrarán el principio de igualdad de manera transversal en la regulación del conjunto de las condiciones de trabajo.

La manifestación expresa de la voluntad de los interlocutores sociales de eliminar toda discriminación en el acceso al empleo y la ocupación, se suele

realizar mediante la adopción de **cláusulas convencionales antidiscriminatorias**. Es de señalar que este tipo de cláusulas ha ido aumentando su presencia en la negociación colectiva en los últimos años, concentrándose sobre todo en la de ámbito estatal aunque se pueda encontrar algún ejemplo aislado en la de ámbito inferior. La redacción de este tipo de declaraciones es variable abarcando desde cláusulas genéricas de no discriminación por ningún factor incluido el sexo, a cláusulas específicas de no discriminación entre hombres y mujeres, bien referidas en general al conjunto del convenio, bien con referencia a determinadas materias (acceso al empleo, promoción, formación o retribución).

De los convenios analizados en el ámbito andaluz solo seis recogen alguna cláusula de este tipo. Por ejemplo la empresa RENDELSUR S.A. (Refrescos Envasados del Sur) (BOJA 23-10-2008 Art.11) establece *"Los puestos de trabajo dentro de los grupos profesionales y los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo"* lo que no significa mas que adecuar el convenio a las exigencias de los Arts.22.4 y 24.2 del ET.

En el de Comercio textil, mercería y paquetería de Cádiz (BOP 29-7-2008 Disposiciones varias) se señala lo siguiente *"De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007 las organizaciones firmantes del presente convenio y las empresas afectadas por su ámbito laboral deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres y establecer medidas de carácter positivo, mejorando la empleabilidad y permanencia en el empleo de las mujeres, las cuales deberán negociarse con los representantes de los trabajadores en la forma en que se determine en la legislación laboral",* curiosa cláusula de reenvío entre fuentes normativas, ya que la forma que determina la legislación laboral es mediante la negociación colectiva.

Una asimismo sorprendente forma de declaración que aparece en varios convenios de los analizados, exactamente en la misma redacción, sería la recogida en el Cc. De Actividades comerciales diversas de Jaén (BOP 8-9-2008 Art.37 denominado *Igualdad en el trabajo*); señala lo siguiente *"De conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, las partes firmantes respetarán la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, habrán de evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. No obstante, deberá tenerse en cuenta lo señalado en el Art.5 de la Ley Orgánica, según el cual no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo, cuando debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado".*

En mi opinión resulta sorprendente que se otorgue mayor espacio convencional a recalcar una excepción que según la jurisprudencia del TJCE y nuestro TC debe ser interpretada de forma restrictiva, que al principio fundamental de sometimiento de los firmantes del convenio a la legalidad vigente que obliga a no discriminar y garantizar la igualdad de trato y oportunidades. Esta declaración, como señalé aparece también en el Cc. Alimentación Jaén (BOP 29-7-2008 Art. 28)

En todo caso, la presencia de este tipo de cláusulas declarativas no garantiza en absoluto que el convenio que las contiene incorpore la óptica de igualdad entre hombres y mujeres de forma trasversal. En ocasiones esta cláusula constituye la única referencia en todo el convenio al principio de igualdad entre sexos, sin que se contemplen otro tipo de mecanismos para hacerla efectiva en el tratamiento de las distintas materias objeto de negociación. Por ejemplo, en el Cc. De Comercio textil de Jaén (BOP 8-9-2008) la cláusula antidiscriminatoria aparece dos veces (Arts. 26 y 36) pero en su restante articulado el convenio invisibiliza totalmente a las mujeres, siendo, como se verá mas adelante, uno de los pocos convenios colectivos que no realizan referencia alguna a la violencia de género en el trabajo.

Una cláusula sorprendente referida a uno de los temas mas importantes en materia de genero, el lenguaje convencional, sobre cuya correcta utilización hay publicadas varias guías, es la recogida en el Cc. De Personal docente e investigador de las Universidad públicas de Andalucía (BOJA 9-5-2008 Disposición Adicional) en el que se señala "*Las referencias a personas, colectivos o cargos académicos, figuran en el presente convenio colectivo en género masculino como género gramatical no marcado. Cuando proceda, será válida la cita de los preceptos correspondientes en género femenino"*. Me pregunto si no hubiese sido más correcto realizar las referencias en forma genérica (Decanato, en lugar de Decano, Vicedecanato en lugar de Vicedecano o Secretaría en lugar de Secretaria etc.).

En lo referente a mecanismos o instrumentos de garantía de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, es de señalar que algunos convenios colectivos encomiendan a las Comisiones Paritarias funciones en este ámbito pero resulta sin duda mucho mas eficaz la creación de Comisiones específicas con el objetivo de promover la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y controlar y evitar las situaciones de discriminación por razón de sexo. Son excepcionales los convenios que contienen este tipo de instituciones y procedimientos de garantía. Ciertamente en algunos existen, fundamentalmente los de carácter sectorial, en los que se reconoce a este tipo de Comisiones, la posibilidad de solicitar información, emitir informes y elevar propuestas de corrección de las situaciones discriminatorias constatadas. No se ha encontrado regulación ni referencia alguna a este tipo de órganos en los convenios colectivos andaluces analizados.

Resulta absolutamente imprescindible, además de un imperativo legal y un objetivo asumido por los interlocutores sociales, eliminar la segregación ocupacional en los procesos de contratación, es decir, terminar con los estereotipos que determinan la asignación de trabajos diferentes a hombres y a mujeres, creando las condiciones para una integración racional y no sexista de todas las personas, sea cual sea su sexo, en todos los puestos de trabajo de cualquier empresa o sector ya que se ha comprobado experimentalmente que la mejor forma de eliminar la discriminación en las condiciones de empleo y trabajo, es garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a hombres y mujeres a todo tipo de empleo o profesión. En esta materia la negociación colectiva se propone la regulación de sistemas objetivos de contratación, acceso y promoción que garanticen la eliminación de la discriminación, mediante la selección de los trabajadores por medio de pruebas objetivas. La aplicación del principio de transversalidad de género en la negociación colectiva, exige la realización de análisis estadísticos sobre la situación de empleo y la configuración de las plantillas, en otras palabras, la realización de *diagnósticos* e *informes de impacto de género*, y si en los mismos se constata la existencia de una situación discriminatoria porque las mujeres sean excesivamente escasas o están exclusiva o mayoritariamente integradas en determinadas secciones o puestos de trabajo, debería procederse al estudio de las razones de la misma, lo que debería ir unido a un compromiso de adopción de medidas de acción positiva. En la muestra analizada no se ha encontrado cláusula alguna de este tipo

Por lo que se refiere a la calidad del empleo y modalidades contractuales atípicas o precarias, sería necesario tener en consideración la atipicidad del empleo femenino, garantizando, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad y de igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial, –en su mayoría mujeres– y de los trabajadores temporales. Sin embargo, es relativamente frecuente que los convenios no contengan regulación alguna, y cuando la contienen, la técnica normativa suele dejar bastante que desear ya que la regulación de estas modalidades contractuales se realiza en preceptos diversos y bastante alejados del convenio, y, en la mayoría de los casos, el régimen convencionalmente establecido resulta insuficiente, no siendo en absoluto excepcional que se adopten regulaciones dudosamente compatibles con la legalidad. En la muestra analizada se han encontrado bastantes convenios que realizan una regulación, a veces bastante completa de los contratos temporales y formativos pero no del trabajo a tiempo parcial. Excepcionalmente el Cc. de Establecimientos sanitarios privados de Cádiz contiene una regulación bastante exhaustiva del trabajo a tiempo parcial, el Cc. de Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios de Cádiz (BOP 4-8-2008) reconoce el derecho preferente a favor de este tipo de personal a pasar a tiempo completo en el momento en que exista vacante y se establece que cuando la

jornada no supere las cuatro horas diarias, se realizará de forma continuada; el Cc. De Comercio en general de Granada contiene asimismo regulación en la materia pero en este caso excesivamente parca y el C. de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP 23-7-2008 Art.20.e) del trabajo fijo discontinuo, aunque en este caso casi con seguridad una parte de esta regulación resulta incompatible con la legalidad vigente. Ningún otro de los convenios analizados contiene normativa a este respecto.

Garantizar en la medida de lo posible la estabilidad en el empleo mediante la conversión de contratos temporales en fijos, constituye, como se vió, un objetivo fijado en las Recomendaciones del Grupo de Igualdad del CARL. En esta materia solo se ha encontrado un convenio, el Cc. de Establecimientos sanitarios privados de Cádiz (BOP 10-10-2008) establece que solo el 30% de la plantilla podrá ser de carácter temporal salvo en vacaciones.

Para garantizar una mayor empleabilidad y una mayor estabilidad en el empleo a las mujeres, es necesario tener en cuenta su formación profesional. La mejor y mayor integración de la mujer en el mercado de trabajo y en condiciones de igualdad de oportunidades, pasa indudablemente por la mejora de niveles y diversificación de la formación profesional femenina, por ello es necesario favorecer la participación de las mujeres en los cursos de formación que se realicen en las empresas para así superar la situación de desigualdad de partida en la que se encuentran muchos de los colectivos de trabajadoras. Mediante la negociación colectiva debe garantizarse que la formación de las mujeres sea continua, específica e integral, tenga valor profesional, se realice dentro de la jornada de trabajo y se dirija a la formación de mujeres en aquellas especialidades, sectores o profesiones en los que la mujer se encuentra subrepresentada. También es importante cuidar la formación de aquellas mujeres que la precisen para reanudar su actividad laboral después de un periodo largo de apartamiento del mercado de trabajo como situaciones de suspensión o excedencia para cuidado de hijos o familiares. Los estudios realizados ponen de manifiesto que la situación convencional constada es lamentable en esta materia. En la muestra analizada solo se ha encontrado un convenio que adopte algún tipo de medida específica en el ámbito de la formación profesional, el de Estudios técnicos y oficinas de arquitectura, oficinas y despachos de Almería (BOP 30-9-2008 Art.53) que establece que "*Las empresas podrán organizar cursos de formación para mujeres…*" que como se puede observar no impone obligación alguna al respecto.

Parece existir una mayor preocupación de la negociación colectiva en la regulación de la promoción profesional y los ascensos. En este ámbito los convenios suelen reproducir los criterios establecidos en el Art.24 del ET conforme al cual *"los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador y las facultades organizativas del emple-*

ador, debiéndose ajustar a reglas comunes para ambos sexos". Una tendencia generalizada al respecto es la pérdida de importancia de la antigüedad como criterio para la promoción, que sin duda perjudicaba más a las mujeres. A pesar de que resulta relativamente frecuente la regulación convencional de sistemas objetivos basados en principio en el mérito y la capacidad, la promoción a los puestos de responsabilidad y mando suelen estar reservados a la libre designación del empleador lo que en nada suele colaborar a la eliminación de la segmentación vertical del mercado de trabajo. Muy excepcionalmente se hace referencia a la no discriminación por razón de sexo en la promoción en el trabajo. En la muestra analizada no se ha encontrado medida de acción positiva alguna en este ámbito.

3.2. **La conciliación y la corresponsabilidad**

En esta esencial materia, el Grupo de Igualdad del CARL establece lo siguiente:

– Los Convenios Colectivos facilitarán el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar indistintamente a trabajadoras y trabajadores, promocionando especialmente la utilización de estas medidas por los hombres.

– Se regularán las formas en que la trabajadora o el trabajador puedan ajustar su horario para adaptarlo a sus necesidades familiares.

– Se regulará el procedimiento para la reducción de horario de las trabajadoras víctimas de violencia de género.

– Se podrán acometer el tratamiento de las siguientes materias:

– reglas para acumular en jornada completa el disfrute del tiempo de lactancia;

– reglas para el disfrute de vacaciones por la trabajadora que haya sido madre cuando el parto ha coincido con fechas de vacaciones;

– determinar la duración del periodo de excedencia por cuidado de familiares en cuantía superior al mínimo legal.

Sin lugar a dudas, la conciliación de responsabilidades familiares, personales y profesionales, constituye uno de los temas cruciales de regulación por la negociación colectiva y el concepto de *corresponsabilidad* se convierte en una de las líneas fuerza tanto de la LOIEMH 3/2007 como de la Ley andaluza 12/2007. Como se ha puesto de relieve de forma reiterada, la causa que más ha contribuido a configurar una situación discriminatoria de la mujer en el mercado de trabajo es el reparto y asignación de los "*roles sociales*". Al hombre le ha sido asignada tradicionalmente la función de producción mientras que a la mujer se le ha venido obligando o incentivando, de formas mas o menos sutiles, a asumir la función de reproducción. Ello significa que el mundo del trabajo

productivo, se ha considerado un mundo *extraño* para las mujeres y ha conducido a que la elaboración de las normas laborales de todo rango u origen se haya realizado tomando en consideración un modelo de trabajador masculino, carente de problemas relacionados con la maternidad y con las responsabilidades familiares, en otras palabras, dedicado con exclusividad a *su* trabajo. Por el contrario, la asignación del rol reproductivo en exclusiva a las mujeres, ha creado en los empleadores el prejuicio de que la mano de obra femenina resulta más cara y menos productiva, precisamente debido a la necesidad que las mujeres tienen de compatibilizar su trabajo y las responsabilidades familiares asignadas.

Si en realidad se asume como objetivo de la negociación colectiva la consecución de la igualdad de oportunidades y la eliminación de la discriminación por razón de género en el empleo, se debe tener en cuenta que el camino para conseguirlo no es precisamente seguir facilitando a las mujeres la compatibilización de responsabilidades familiares y profesionales porque ello en definitiva produciría indudables efectos "*boomerang*". La única vía con efectividad real, es la ruptura de la asignación de roles: al igual que las mujeres se han integrado en el mundo de la producción**,** los hombres deben integrarse en el de la reproducción, asumiendo sus propias responsabilidades familiares y de cuidado. En otras palabras, la igualdad efectiva en el empleo entre mujeres y hombres pasa más que por facilitar la *conciliación,* por avanzar hacia la *corresponsabilidad*. Por todo ello, si en alguna materia la función de la negociación colectiva es central, insustituible para la eliminación de la situación de discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo, esta es precisamente facilitar la corresponsabilidad.

En un reciente estudio publicado en esta misma revista[4], sobre la incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos andaluces se llega a una serie de conclusiones de carácter general que aquí se reproducen parcialmente. Señalan los autores del artículo que, dado el carácter de innovación cultural de la temática de la conciliación en el ámbito social, la negociación colectiva se convierte en una especie de test decisivo para percibir la permeabilidad del ámbito sociolaboral a las consideraciones de la equidad de género en un contexto tradicionalmente muy masculinizado como el laboral. Constatan en su estudio que la regulación de la conciliación laboral-familiar encuentra un clima adverso e incluso de cierta "hostilidad" por parte de los agentes sociales. Esta situación se manifiesta, por un lado, en la resis-

[4] Torres López, J., Matus López, Calderón Vazquez, F., Gómez Narváez, A. "La incorporación de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral en los convenios colectivos. El caso andaluz" TEMAS LABORALES. Nº 88/2007, pp. 27-53.

tencia por parte de los empleadores a poner en práctica medidas efectivas de conciliación, sobre todo, por considerar el incremento de costes que puede suponer, y por otro, en cierta pasividad o incluso indolencia por parte de los trabajadores a la hora de asumir la necesidad de hacer efectiva la conciliación, fundamentalmente, porque "su" percepción de ese asunto la sitúa en la esfera de "lo femenino", y en ningún caso como un tema prioritario, sino secundario, complementario en la jerarquía de sus reivindicaciones. La consideración en el entorno sociolaboral de la conciliación, en el mejor de los casos como algo bueno y seguramente positivo, pero no prioritario, explica la lentitud con la que esta materia está entrando como contenido esencial de la negociación colectiva. La persistencia en el medio socio laboral de una cultura anclada en torno al modelo patriarcal (varón proveedor) y reacia, o, si se quiere, poco propensa a reconocer las nuevas realidades laborales (incorporación masiva de las mujeres al mercado del trabajo) constituye el principal freno y obstáculo a la difusión y asimilación de la cultura de la conciliación en el ámbito socio laboral desde la óptica de la corresponsabilidad. Esto quiere decir que para poner en marcha de forma efectiva las medidas de conciliación en la negociación colectiva, es inexcusable que se asimile la "cultura" de la conciliación y la corresponsabilidad y eso requiere un esfuerzo sostenido en el tiempo por parte de los agentes sociolaborales en su conjunto (Administración Pública, Sindicatos, Organizaciones Empresariales, etc.) de cara a la divulgación y difusión de los elementos esenciales de los valores que la definen y conforman. Para ello es decisivo plantear las adecuadas estrategias de generación de estados de opinión colectivos, favorables o receptivos a la conciliación a partir de la toma de conciencia de la relevancia del problema, no sólo para la calidad de vida de los trabajadores y de sus familias, sino también para la sociedad en su conjunto. Mientras esto no ocurra, la tendencia resultante es la que nos encontramos en la mayoría de los convenios colectivos: en el mejor de los casos la reproducción mimética de la Ley, cuando no la remisión directa a la misma de todo lo relacionado con el tema de conciliación, lo que, en definitiva resulta en una pérdida del carácter de mínimo de la regulación legal, para actuar como una suerte de máximo o límite de lo laboralmente correcto.

En relación con la negociación colectiva andaluza, el estudio que se ha realizado sobre el grado en que la negociación colectiva andaluza mejora o no las medidas de conciliación contempladas ya en el Estatuto de los Trabajadores permite establecer las siguientes conclusiones:

1.- En términos generales, la negociación colectiva andaluza apenas mejora las cláusulas de conciliación entre la vida familiar y laboral establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, lo que se demuestra teniendo en cuenta el escaso porcentaje de convenios que contienen esas mejoras.

2º.- Se comprueba que los instrumentos de conciliación que tienen cierta generalización y más facilidades de disfrute entre los trabajadores y trabaja-

doras andaluces contratados en el marco de la negociación colectiva son los que ya están definidos en el Estatuto de los Trabajadores.

3º.-Puede decirse que la negociación colectiva andaluza prácticamente no ha incorporado ningún nuevo instrumento de conciliación que sea novedoso respecto a los establecidos en el Estatuto de los Trabajadores

4º.- Existe un claro sesgo de género en los resultados de la negociación colectiva referente a los instrumentos de conciliación que se manifiesta, básicamente, en tres circunstancias:

a) Los instrumentos de conciliación que se mejoran y, en consecuencia, los que tienen un tratamiento privilegiado son aquellos que tienen que ver con el reforzamiento de las estructuras familiares convencionales que de por sí implican una división sexual del trabajo muy perjudicial para las mujeres.

b) Mientras que las medidas de conciliación que implican un alejamiento de las mujeres del trabajo gozan de un tratamiento singularmente satisfactorio, ocurre lo contrario con los instrumentos que de manera mucho más coherente, deben ser considerados como prerrequisitos de la auténtica conciliación entre la vida familiar y laboral: posibilidad de que los trabajadores se ausenten circunstancialmente del trabajo sin pérdida de remuneración, reduzcan su jornada o hagan más flexible su tiempo de trabajo. En otros términos, la lógica conciliatoria que parece dominar preferentemente es la que consiste en facilitar el alejamiento del trabajo para hacer frente a deberes familiares, en lugar de la que supone una efectiva combinación de las responsabilidades laborales y familiares.

5º.- Los convenios de empresas públicas presentan de modo muy generalizado mejores registros en cuanto a conciliación que los de empresas privadas.

6º.- En general, se observa una asimetría considerable en la distribución de los convenios que mejoran los instrumentos de conciliación del Estatuto de los Trabajadores, tanto entre las diversas ramas de actividad como entre las diferentes provincias andaluzas, lo cual puede ser interpretado en el sentido de que la ausencia de estas mejoras no es consecuencia de que con carácter general sean consideradas innecesarias, sino que allí donde no se encuentran, es que no han podido conseguirse.

7º.- A la vista de todo lo anterior cabe deducir que la negociación colectiva andaluza no constituye un procedimiento efectivo para introducir mejoras respecto a la legislación vigente sobre conciliación entre vida familiar y laboral, ni tampoco para incorporar nuevos instrumentos que la desarrollen y fortalezcan.

La ordenación del tiempo de trabajo puede constituir un instrumento de primer orden que permita la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales o colaborar exactamente en el sentido contrario. Se está mostrando en los últimos años como uno de los aspectos más dinámicos de la

negociación colectiva, incorporándose a los convenios una diversidad de fórmulas de cómputo y distribución de la jornada cada vez mayor. Confluyen en este momento tendencias de distinto signo de forma que, paralelamente a la disminución progresiva de la jornada de trabajo pactada convencionalmente, aumentan los pactos sobre jornadas irregulares, las cláusulas de disponibilidad, el trabajo a turnos, pero al tiempo la negociación colectiva comienza de forma tímida a recoger fórmulas de distribución de la jornada mas favorables al equilibrio entre la vida laboral y familiar.

Resulta obvio, como ponen de manifiesto de forma reiterada los diferentes Programas de Igualdad de Oportunidades de la UE, que en óptica de género, los tiempos de trabajo deben regularse de tal forma que permitan la conciliación de las responsabilidades familiares con las profesionales. En concreto parece importante que los representantes de personal que participen en la organización del trabajo en la empresa y, específicamente en materia de jornada de trabajo, tengan en cuenta que el pacto de jornadas irregulares perjudica notoriamente más a los trabajadores con responsabilidades familiares -normalmente trabajadoras- y, por el contrario, que el pacto de horario flexible les favorece. Aunque el sistema de horario rígido sigue siendo el mas frecuente, en algunos convenios colectivos sobre todo de ámbito empresarial, se posibilita la incorporación de horarios flexibles, que suelen contemplar un bloque central o troncal de la jornada de presencia obligatoria y dos fracciones móviles a la entrada o a la salida del trabajo, a distribuir a opción del/la trabajador/a previo aviso a la empresa. De la amplitud de estos espacios móviles dependerán las posibilidades de conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales.

Respecto del horario, es frecuente la estipulación de jornadas continuadas o intensivas sobre todo en los convenios de empresa, que suele suponer una reducción de jornada en determinados periodos de tiempo sobre todo en temporada estival, lo que puede facilitar en cierta forma la conciliación de la vida familiar y profesional en el periodo de vacaciones escolares. Sin embargo ello ocurre básicamente en el sector industrial no en el de servicios que constituye el sector económico con mayor presencia femenina.

También resulta generalizada, sobre todo en el ámbito nacional, la supresión de horas extraordinarias habituales o al menos su reducción lo que también favorece la conciliación. Respecto del pacto de realización de horas extraordinarias, de forma excepcional, algunos convenios colectivos justifican la negativa a su realización cuando existen necesidades de cuidado familiar urgentes.

Así mismo es importante garantizar que los periodos de vacaciones de las personas con hijos, coinciden con los periodos vacacionales en guarderías, colegios o institutos, algo de otro lado frecuente en otros Estados miembros de la UE.

Es de señalar que en la muestra analizada, son pocos los convenios colectivos que contienen cláusulas de jornada irregular pero tampoco se recoge en

ningún convenio el horario flexible, siendo muy escasos los que recogen la posibilidad de reordenación de la jornada por razones familiares. De forma excepcional el Cc. De Hostelería de Huelva (BOP 23-7-2008 Art.8) establece *"La concreción del turno de trabajo corresponderá al trabajador/a en el caso en que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo a persona o personas con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida"*. El Cc. De Hospitalización asistencia, consulta y laboratorios privados de Almería (BOP 16-7-2008 Art.24) reconoce la posibilidad de flexibilizar el cambio de turno, siempre que se haga con un preaviso de 78 horas.

Son sin embargo cada vez más los convenios que, en caso de coincidencia del periodo vacacional con una situación de suspensión por riesgo durante el embarazo o la maternidad, recogen expresamente el derecho a disfrutar las vacaciones en otro momento del año; por ejemplo los Cc. de Alimentación de Huelva (BOP 21-1-2008 Art.29), Cc. de Oficinas y despachos de Jaén (BOP 8-9-2008), Cc. de Comercio en general de Sevilla (BOP 8-4-2008), Cc. de Comercio de Huelva (BOP 23-5-2008 Art.29), Cc. de Hospitalización asistencia, consulta y laboratorios privados de Almería (BOP 16-7-2008 Art.24). El Cc. de Lavanderías industriales de Huelva contiene al respecto una cláusula de dudosa legalidad; señala en su Art.17 que las vacaciones que coincidan con una situación de suspensión por embarazo o maternidad *"…se disfrutarán, de mutuo acuerdo con la empresa, cuando las necesidades del servicio lo permitan, siempre dentro del año natural a que corresponden o a lo sumo, dentro del primer mes del año siguiente"*. Tal cantidad de condicionantes parece incompatible con la normativa vigente.

Por lo que se refiere a permisos especiales, con o sin remuneración, con el objetivo de cuidar familiares enfermos o discapacitados, los establecidos legalmente son solo mejorados por dos convenios, el Cc. de Establecimientos sanitarios privados de Cádiz (BOP 10-10-2008 Art.12) reconoce el derecho a disfrutar de un permiso no remunerado de 15 días para cuidado de familiares y el Cc. de Textil de Almería (BOP 20-8-2008 Art.13), reconoce una licencia de hasta seis días "*con sueldo…cuando exista necesidad de atender asuntos propios…a hijos menores de 3 años en caso de enfermedad, siempre que se aporte justificación extendida por facultativo que le atienda…"*.

Por lo general el régimen convencional del resto de derechos de conciliación, constituyen meras repeticiones o remisiones a la legalidad vigente (o, en algunas ocasiones, incluso a la derogada).

3.3. **La discriminación retributiva**

En este ámbito, las recomendaciones del Grupo de Igualdad del CARL son especialmente parcas, en comparación con la situación de discriminación retri-

butiva estadísticamente constatada. Señala el CARL en sus recomendaciones al respecto que:

- Se podrán establecer criterios de evaluación de puestos de trabajo para determinar, si existen, diferencias salariales no justificadas.
- Se prestará especial atención a la forma de cálculo y de generación de derechos en otros ámbitos retributivos y profesionales no estrictamente salariales.

En el origen de las diferencias retributivas por razón de sexo, se encuentra la segmentación ocupacional horizontal y vertical del mercado de trabajo. Es característica la concentración en mismo grupo profesional, categoría laboral o determinados puestos de trabajo de un importante número de trabajadores de un mismo sexo y resulta sorprendente que incluso en los convenios de sector nacional, sigan apareciendo denominaciones de puestos en femenino prohibidas expresamente por el Art.22.4 del ET. Además, los puestos denominados en femenino suelen ser casi siempre los más bajos de las clasificaciones profesionales y por tanto peor valorados y peor remunerados. Este tipo de ilegalidades es también frecuente en los restantes niveles convencionales sobre todo en los provinciales.

Los sistemas de clasificación profesional basados en categorías y su reflejo en el sistema retributivo, han producido diferencias salariales que se han ido perpetuando en aquellos ámbitos de negociación que han reproducido las clasificaciones profesionales y los criterios de valoración que se establecieron en su momento en las derogadas Reglamentaciones de Trabajo, absolutamente obsoletos y la mayoría ilegales. Este tipo de inercias en la negociación colectiva se encuentran también en el origen de las diferencias retributivas estadísticamente constatadas.

El desarrollo de la negociación colectiva en los últimos años pone de manifiesto una paulatina evolución en la sustitución de los tradicionales sistemas de clasificación profesional por otros en los que el concepto *grupo profesional* se hace más relevante y se tratan de introducir sistemas objetivos de valoración de los puestos de trabajo. Uno de los intentos mas relevantes en este sentido es el constituido por Acuerdo de Cobertura de Vacíos de 1997, que recoge una serie de factores de encuadramiento que a su vez servirán para establecer niveles retributivos, cuya utilización se está generalizando en la negociación colectiva.

Como es sabido, el Acuerdo utiliza como factores de encuadramiento los siguientes: *"conocimientos", "experiencia", "iniciativa", "autonomía", "responsabilidad", "mando" y "complejidad"*. De la definición que se realiza de estos conceptos, se puede deducir claramente que, dada la segmentación vertical del mercado de trabajo, esta selección incluye factores que se hallan claramente más presentes o con más intensidad en trabajos con predominio

masculino *("mando", "iniciativa" "autonomía"*), que además son doblemente valorados en tanto la definición del concepto *"complejidad"* señala que se trata de un factor *"para cuya valoración se tendrá en cuenta al número y grado de integración de los diversos factores antes enumerados en la tarea o puesto encomendado"*; sin embargo, están ausentes otros posibles, mas neutros desde la óptica del género, como *"condiciones de trabajo" y "esfuerzo físico o mental"* que no son ni mencionados.

Por lo que respecta al factor ***"Conocimientos y experiencia"*** hay que subrayar que su reconocimiento en los trabajos feminizados puede resultar problemática, no tanto en lo que respecta a la valoración correcta de la forma en que se haya obtenido, ya puede entenderse que su definición incluye tanto la reglada como la no reglada *("factor para cuya valoración se tendrá en cuenta además de la formación básica necesaria para cumplir correctamente los cometidos, la experiencia adquirida...")* sino a la hora de medir la ***"dificultad para la adquisición de dichos conocimientos y experiencia"*** debido a la existencia de errores sistemáticos y de prejuicio que llevan a la convicción de que ciertos conocimientos y habilidades, son *innatos* en el sexo femenino o fácilmente adquiridos en el hogar desde la infancia, generalmente los relacionados con el trabajo doméstico y de cuidado, convicciones que suelen conducir a ubicaciones funcionales discriminatorias y a la infravaloración de los puestos que requieran de este tipo de conocimientos o habilidades que se consideran *innatas* en las mujeres.

La valoración sesgada en función del género de los diferentes puestos de trabajo, conduce a situaciones de discriminación indirecta y de un estudio detenido de los convenios colectivos puede deducirse la posible existencia de discriminaciones retributivas indirectas en todos los niveles convencionales. Como era de esperar, este tipo de discriminación sigue siendo relativamente visible a poco que se investigue tanto en el nivel nacional de negociación como en el provincial y parece detectarse una mayor frecuencia en los convenios correspondientes a sectores o subsectores más feminizados. No obstante algunos convenios incorporan factores de encuadramiento mas neutros o al menos, de utilizar los mismos que el ACV, contienen una definición de los mismos mas favorables a la prevención de la discriminación retributiva (por ejemplo, *capacidad de interrelación* en la definición del criterio *responsabilidad*, o *destreza manual*).

La muestra convencional analizada para el presente estudio, pone de manifiesto que, lamentablemente, siguen siendo muchos los convenios colectivos que en Andalucía han pasado el control de legalidad y se encuentran publicados y en vigor, que contienen discriminaciones directas en las clasificaciones profesionales e indirectas en materia retributiva. Siguen siendo muchos los convenios que continúan utilizando nomenclaturas tradicionales y discriminatorias

para definir puestos o categorías profesionales, lo que suele ser frecuente en los convenios de hostelería en puestos como "*gobernanta"* o *"subgobernanta" "camarera de pisos", "ayudanta de cocina", "lenceras", "lavanderas",*(Cc. de Hostelería de Huelva (BOP 23-7-2008), sector sanitario, *"enfermeras", "matronas"* junto con *"costureras, planchadoras, lavanderas, limpiadoras"* (Cc. Hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios privados de Almería (BOP 16-7-2008) Cc. de Establecimientos privados sanitarios de Cádiz (BOP 10-10-2008) Cc. Empresa José Pascual Pascual S.A. (BOJA 23-4-2008) y probablemente de forma inercial en los de comercio *"cosedora de medias", "empaquetadora", "cosedora de sacos"*. En algunos se sigue aplicando la práctica de designar en masculino todos los puestos de trabajo menos los supuestamente feminizados en cuya denominación se utilizan los dos sexos, ejemplo paradigmático sería el Cc. Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios de Cádiz (BOP 4-8-2008) que utiliza la nomenclatura *"cajera"* y *"cajera controladora"* junto con *"secretario/a"* y *"empaquetador/a"* mientras los restantes puestos de trabajo están denominados en masculino únicamente. Todos estos puestos de trabajo feminizados suelen traer aparejado el nivel retributivo mas bajo (el Cc. Hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios privados de Almería (BOP 16-7-2008) establece para estos puestos de trabajo la misma retribución que para el "*portero"*. En el Cc. Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios de Cádiz (BOP 4-8-2008) el salario de la *"cajera"* es el mismo que el del *"mozo especializado"* cuando sin duda, la responsabilidad de la primera es muy superior a la del segundo.

También lamentablemente, son muchos los convenios que siguen utilizando el sistema de factores del ACV sin modificación ni adaptación alguna. Los utilizan convenios como el de Comercio de Alimentación de Huelva (BOP 21-1-2008) o el Cc. Comercio en general Huelva (BOP 23-5-2008), Cc. de Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios de Cádiz (BOP 4-8-2008)

La discriminación retributiva puede afectar tanto al salario base como a los complementos salariales o a las prestaciones extrasalariales como señala el Art.28 ET. El hecho de que las mujeres ocupen mayoritariamente los puestos más bajos de las clasificaciones profesionales (segmentación vertical), se refleja en la cuantía de su salario base y provoca un efecto de arrastre en la fijación de las cuantías complementarias. En algunos casos la infravaloración de las categorías feminizadas salta a la vista con una mera lectura del convenio. Por ejemplo en el Cc. de Manipulado y envasado de frutas, hortalizas y flores de Almería (BOP 23-7-2008) todo el personal encargado del manipulado y envasado está en nivel retributivo mas bajo, tiene asignado un salario base de 734.75 €, inferior al de *"peón"* y *"mozo"* que tienen asignado uno de 773,77 y en Cc. Alimentación, ultramarinos, supermercados y autoservicios de Cádiz

(BOP 4-8-2008) el salario de *"auxiliar administrativo"* es el mismo que el del *"mozo"*. En algunos sectores este tipo de efecto se pretende aminorar mediante la fijación de un salario mínimo de sector o salario mínimo garantizado. No hemos encontrado ningún convenio en la muestra analizada que lo establezca.

La regulación convencional de los complementos puede de su parte reproducir, incrementar o atenuar los efectos de la segmentación ocupacional y de una valoración discriminatoria de los puestos de trabajo mediante el salario base. Sin duda las mujeres se benefician en menor medida que los hombres del complemento de antigüedad debido a su incorporación más tardía al mercado de trabajo y a su alta tasa de temporalidad. Además, la regulación convencional suele vincular a la antigüedad el derecho a la obtención de determinadas mejoras y beneficios sociales como ayudas y premios de jubilación. Por ello, la tendencia a la supresión de este tipo de complementos y su sustitución por otros beneficios sociales como la creación de planes y fondos de pensiones de empresa, puede colaborar en la eliminación de la discriminación retributiva.

Dado el desigual reparto de las responsabilidades familiares, las mujeres acceden con mayores dificultades a complementos como el de disponibilidad horaria o por horas extraordinarias, los de turnicidad o nocturnidad. Asimismo las mujeres acceden con mayor dificultad a beneficios o mejoras que afectan solo o de manera predominante a los trabajadores estables o fijos o a los que disfrutan de jornada completa, debido a los altos niveles de atipicidad de las modalidades contractuales a que acceden.

Los complementos fijados en función de las condiciones de trabajo (por ejemplo los referidos a trabajos penosos, insalubres, nocivos, tóxicos o pesados) pueden perjudicar a las mujeres si en la determinación de los mismos no se toman en consideración elementos que aparecen con mayor frecuencia en puestos de trabajo feminizados y que, a medio o largo plazo, los hacen tan peligrosos como los masculinizados como la necesidad de atención continua, la velocidad y el sometimiento a ritmos rápidos, las posturas, en otras palabras, si junto a los riesgos de carácter eminentemente físico, no se toman en consideración riesgos de carácter eminentemente psíquico a la hora de determinar los puestos peligrosos a efectos retributivos. Es de destacar que la evaluación de los posibles riesgos de los puestos de trabajo desde una perspectiva de género es prácticamente inexistente en la práctica negocial española.

Es necesario tener en cuenta que los complementos que carecen de causa (tipo complemento convenio) o cuya causa es confusa (no transparente) son susceptibles de servir de instrumento de discriminación retributiva.

En la muestra analizada son aún muchos los convenios que mantienen el complemento de antigüedad, el Cc. de Lavanderías industriales (BOP 23-6-2008) sigue manteniendo el tan denostado *plus convenio*, respecto del que no se especifica causa alguna, que cuantifica en 14 mensualidades de 30€ y un

denominado *plus de transporte* cuantificado en 11 mensualidades de 30€ y sin duda, el mas llamativo respecto de la regulación de los complementos es el Cc. de Transportes Generales COMES (BOJA 4.7-2008) que en su Art.11 establece un denominado *"Complemento de producción"* cuya causa no se define pero cuya cuantía se fija en función del año y del grupo profesional, por ejemplo en el año 2007 partiendo de una cantidad de 60€ para todo el personal, se pasa al año 2008 con las siguientes cuantías: *personal de conducción* 83 €, *personal de taller* 72€, resto del personal 68€, para llegar al 2011 con las siguientes cantidades: *personal de conducción* 152€, *personal de taller* 108€, resto del personal 68€. Resulta evidente que tanto el primer como el segundo grupo de personal, son masculinizados mientras que el tercero, en el que puede estar incluido el personal administrativo, el de caja y el de limpieza es probable una mayor feminización y es el que tiene asignado tanto menor cuantía del complemento como menor incremento anual.

3.3. **La regulación convencional de la salud laboral en óptica de género**

En esta materia, el CARL señala lo siguiente:

– Los Convenios desarrollarán las funciones que les encomienda la ley de Prevención de Riesgos Laborales en orden a determinar los puestos con especial riesgo para mujeres embarazadas y en periodo de lactancia así como los puestos alternativos que puedan encomendárseles, sin merma de sus derechos profesionales.

– Se promoverá que la evaluación de riesgos de las empresas se efectúe con un enfoque de género.

– Se promoverá la prevención específica de riesgos que afecten a colectivos en situaciones de riesgo especial, básicamente mujeres embarazadas o en periodo de lactancia. Igualmente se deberá tender a promocionar cláusulas que aborden cuestiones sobre la evaluación de riesgos relativa al género.

La LOIEMH otorga a la salud en óptica de género una importancia especial siendo muchas las referencias que al respecto de garantía y tutela de la salud laboral de las mujeres aparecen en la Ley. De otro lado, la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto la importancia que en la materia adquiere la negociación colectiva a partir de la Ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales ya que, por su medio, no solo la norma es susceptible de mejora, sino de concreción y adaptación a los diferentes sectores y empresas, por ello, su regulación en los convenios colectivos, constituye desde hace tiempo una reivindicación sindical prioritaria[5].

[5] ANC 2007 prorrogado para 2008. Capítulo VII *Seguridad y salud en el trabajo*. En cuanto a posiciones doctrinales ver por todos González Ortega y Carrero Domínguez "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", Cuadernos de Relaciones Laborales, nº14, UCM, Madrid, 1999, págs.50 ss.

Las sucesivas encuestas europeas sobre condiciones de trabajo ponen de manifiesto que el tipo de contrato, la edad y el género, constituyen diversidades que marcan la realidad de la salud en el trabajo. Por lo que se refiere al sexo[6], aunque teóricamente los hombres y las mujeres pueden sufrir los mismos accidentes y enfermedades profesionales, la práctica demuestra que los riesgos para la salud en el trabajo no se distribuyen por igual debido a una serie de razones, algunas de las cuales están relacionadas con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, pero otras, sin embargo tienen que ver con la insuficiencia de los conocimientos en materia de prevención. Es evidente que, durante muchos años, la cultura predominante sobre salud laboral y prevención ha intentado proteger casi en forma exclusiva frente a los accidentes laborales súbitos y frente a riesgos visibles como exposición a sustancias o elementos tóxicos o peligrosos, ruido, temperaturas extremas, condiciones de trabajo, a las que teóricamente están más expuestas las ocupaciones y puestos de trabajo tradicionalmente masculinos. La cultura preventiva dominante, sigue aún hoy considerando como trabajos peligrosos, nocivos o pesados aquellas tareas en las que se manipulan objetos peligrosos, o se prestan en condiciones especialmente gravosas como trabajos subterráneos, en altura etc. que son tareas normalmente desarrolladas por hombres. Sin embargo, al lado de estos riesgos, existen otros, menos visibles pero igualmente nocivos para la salud. Se trata de riesgos laborales que no presentan peligro directo para la vida (que no matan) sino que desgastan, hacen perder la salud poco a poco, no de forma súbita, y las ocupaciones tradicionalmente feminizadas se caracterizan justamente por la presencia de este tipo de riesgos. Todas las encuestas referentes a la percepción de riesgo laboral señalan que los riesgos a los que se encuentran expuestos los hombres están relacionados con la seguridad y la higiene, por el contrario, las mujeres relatan mayoritariamente con los denominados riesgos psicosociales, los relacionados con la organización del trabajo, la ergonomía y la tensión emocional.

Existen además factores de riesgo que afectan de manera mayoritaria a las mujeres y que tienen que ver con la forma en que estas se han incorporado al mercado de trabajo, con los roles sociales asignados y con las diferencias biológicas entre los sexos y, entre ellos, cuatro son fundamentales: en primer lugar, el embarazo y la maternidad que colocan a la mujer en situación de especial y exclusiva vulnerabilidad ante determinadas condiciones de trabajo; en segundo lugar, la mujer se ha incorporado al mercado de trabajo sin por ello abandonar el rol social asignado, es decir, asumiendo al tiempo y casi en exclusiva las

[6] Ver al respecto Pérez Del Río y Ballester Pastor *Mujer y salud laboral* La Ley Actualidad S. A. Biblioteca de Prevención de Riesgos, Madrid, 1999

responsabilidades familiares, doble presencia en el trabajo asalariado y en el doméstico, que mayoritariamente deben desempeñar las mujeres, y que produce graves y contrastados efectos sobre la salud; en tercer lugar, la segmentación horizontal y vertical del mercado de trabajo: existen trabajos tradicionalmente feminizados y otros, la mayoría, masculinizados, y como ya se ha apuntado, unos y otros presentan riesgos diferentes para la salud y la seguridad; en cuarto lugar e íntimamente relacionado con los anteriores, la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, y la situación de desequilibrio en el poder de hombres y mujeres, convierten a estas en víctimas por excelencia de actuaciones de acoso sexual y sexista, con efectos contrastadamente devastadores sobre la salud.

Resulta absolutamente necesario que los interlocutores sociales y en particular los sindicatos, tomen conciencia de esta realidad en la imprescindible regulación de esta materia, es decir, apliquen el principio de transversalidad de género en la regulación convencional de la seguridad y salud laboral[7]. Sin embargo, de los análisis convencionales realizados se deriva la atribución de una cierta marginalidad a las reivindicaciones planteadas en esta materia por las mujeres. En la muestra analizada son únicamente seis los convenios que recogen expresamente el derecho a cambio de puesto de trabajo en el caso en que este sea peligroso para el embarazo, por ejemplo el Cc. Comercio de alimentación de Huelva (BOP 21-1-2008), que lo reconoce previa prescripción facultativa y sin merma de la retribución, y cuyo redactado siguen casi al pié de la letra todos los restantes que hacen referencia al tema (Cc. de Hostelería de Huelva (BOP 23-7-2008 Art.30) Cc. Comercio de Huelva (BOP 23-5-2008). Todos ellos carecen de listado de puestos con y sin riesgo para la salud de la embarazada y del feto. Solo el Cc. de Establecimientos sanitarios privados de Cádiz (BOP 10-10-2008 Art.16) contiene un listado de *"Actividades tóxicas, peligrosas, penosas y contagiosas"* que puede facilitar la aplicación del precepto. Sin embargo ninguno hace referencia al riesgo durante la lactancia, previsión incluida por la LOIEMH ni a ningún otro tema relacionado con salud laboral en óptica de género, salvo de forma indirecta el Cc. de Comercio de alimentación de Huelva (BOP 21-1-2008 Art.35) que establece para todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, "*la obligación de dotar a las líneas de caja de sillas adecuadas"*.

3.5. **La violencia de género en el trabajo**

En esta materia, esencial sobre todo debido a los efectos devastadores que el acoso sexual y el sexista pueden producir y de hecho en la mayor parte de los casos producen, el Grupo de Igualdad del CARL propone lo siguiente:

[7] Vogel, L. "¿Como vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo?. Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa", Cuadernos de Relaciones Laborales nº14 UCM, Madrid, 1999, pag.135 ss.

– Los Convenios colectivos promoverán acciones de sensibilización y formación contra el acoso sexual y por razón de sexo, así como sus respectivas definiciones.

– Difundirán buenas prácticas en materia de lucha del acoso sexual y por razón de género estableciendo mecanismos para que la representación legal de los trabajadores informen de los derechos en este ámbito.

– Incorporarán cláusulas con procedimientos y protocolos de actuación de recurso ágil y rápido ante estas conductas, garantizando la confidencialidad de los mismos.

– Abordarán que en los planes de prevención de riesgos laborales se incorporen en medidas preventivas frente al acoso sexual y por razón de sexo.

La violencia de género en sus dos manifestaciones, al acoso sexual y el sexista constituyen las actuaciones discriminatorias más virulentas debido a su afectación al derecho humano por excelencia: el derecho a la vida a la integridad física y psíquica. Como señala reiteradamente la normativa y la doctrina comunitarias y la doctrina española, puesto que el acoso tanto sexual como sexista constituyen uno de los mas importantes problemas con que se enfrentan las mujeres trabajadoras, sobre todo las que se encuentran en una situación mas débil en el mercado de trabajo, la negociación colectiva debe constituir un instrumento para que los agentes sociales tomen bajo su responsabilidad garantizar la consecución de un entorno laboral exento de acoso. Precisamente por ello, tanto la LOIEMH 3/2007 como la LAPIG 12/2007 dotan de especial importancia a la regulación de esta materia.

Es de señalar que los estudios convencionales realizados hasta el momento muestran una mejora notable en el tratamiento convencional de esta materia, siendo pocos los convenios colectivos que no hacen referencia alguna a este tema, y aunque algunos de ellos la realizan muy escueta o de forma técnicamente incorrecta, los convenios que tradicionalmente han prestado alguna atención al tema del acoso sexual han mejorado en los últimos años la calidad técnica de su regulación[8]. De un lado, el lamentablemente insuficiente conocimiento tanto por parte de las víctimas como, al parecer, de los interlocutores sociales, sobre el significado del concepto de violencia de género y, de otro, la posibilidad de que multitud de situaciones sean calificables tanto de acoso sexual como de acoso sexista, hacen imprescindible definir con claridad y amplitud suficiente tanto el concepto de acoso sexual como el de acoso sexista, e incluso, en la medida de lo posible, poner ejemplos que faciliten su comprensión por parte de los/las destinatarios/as de la norma, tanto los o las posibles

[8] CES, *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres,* Madrid, 2003, pág.60.

acosadores/as como las posibles víctimas, por ello resulta totalmente insuficiente la regulación que contienen una parte importante de los convenios colectivos que se refieren a estas situaciones limitándose a introducir entre el listado de incumplimientos contractuales sancionables el acoso sexual y sexista sin definirlo. En algunos casos, la definición convencional resulta excesivamente restrictiva lo que conduce a que solo sean calificables de acoso determinadas conductas producidas en circunstancias particulares. Por ejemplo, en algunos convenios se establece que existirá acoso sexual solo cuando la conducta se lleve a cabo prevaliéndose de una situación de superioridad del acosador o cuando esta conducta sea ejercida sobre personas especialmente vulnerables, ya sea por su situación personal -tener responsabilidades familiares, ser madre soltera- o por su situación laboral -trabajador/a temporal-; obviamente, este tipo de definición deja fuera del ámbito de protección múltiples situaciones en los que existirá acoso según la normativa vigente que no exige tales requisitos para configurar el tipo. Si que resulta correcto sin embargo utilizar la relación de superioridad jerárquica del acosador/a respecto de la víctima así como su especial situación de vulnerabilidad como circunstancia agravante.

Con referencia a la calificación y sanción del acoso no resulta correcto, y sin embargo es frecuente, que los convenios colectivos califiquen en todo caso al acoso como falta muy grave ya que ello significa un incumplimiento del principio de proporcionalidad en la graduación de faltas y en la previsión de sanciones que, en último caso, conduce a que muchas actuaciones acosadoras sin ese carácter de muy graves queden impunes. Esta forma errónea de calificación aparece en todos los niveles convencionales. En particular los convenios que diferencian entre chantaje sexual y acoso ambiental suelen calificar de muy grave el primero y de grave el segundo lo cual no es, en principio, rechazable.

La sanción establecida suele coincidir en la mayor parte de los convenios y frecuentemente consiste en la suspensión de empleo y sueldo durante un periodo que puede ir entre 10 y 60 días o el despido; no parece frecuente que se sancione al acosador con el traslado, que sería, de otro lado, lo mas lógico y coherente, ya que implicaría la separación definitiva entre este y su víctima y además es lo que sugiere al Código de Conducta comunitario.

Resulta sorprendentemente que sea en el nivel provincial donde se han encontrado las mejores y mas completas definiciones del acoso sexual, que en algunos casos, mas bien se podrían calificar de *Declaraciones de Principios* propuestas por el Código de Conducta Comunitario, al que a veces se realiza referencia específica. Este tipo de cláusulas, al menos muestran la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del convenio en la erradicación de la violencia de género, pero resultan insuficientes si no se acompañan de procedimientos específicos de denuncia, constatación de la veracidad de la misma y sanción del acosador/a. En la medida en que las víctimas del acoso prioritaria-

mente desean que este cese, se trataría de que la negociación colectiva intentara una resolución de la situación mediante un procedimiento no judicial simplificado y sin formalidades excesivas, como sugiere el Código de Conducta Comunitario. La solución mas adecuada quizá sería que la denuncia de acoso se realizara ante los órganos internos de solución de conflictos en la empresa, pero ofreciese soluciones para cuando esta no sea considerada solución idónea -por ejemplo cuando el sujeto activo es el jefe inmediato de la víctima-. El convenio debe garantizar que las investigaciones pertinentes se realizan con absoluto respeto de los derechos fundamentales de denunciado y denunciante y que sean independientes y objetivas.

Lamentablemente es de señalar que son sumamente escasos los convenios que establecen procedimientos específicos para la prevención, control y sanción del acoso en el trabajo. Resulta de indudable importancia la creación de organismos o comisiones *ad hoc* para entender o aplicar los procedimientos de sanción del acoso, integrados por personas formadas específicamente en materia de género, sin embargo son muy escasos los convenios que lo hacen. Excepcionalmente en algunos convenios, se crea un procedimiento especial para combatir el acoso sexual, que responde además a algunas de las características establecidas en el Código de Conducta, tales como la *sumariedad,* en tanto que habrá de ser lo más breve posible; la *confidencialidad* en cuanto se aboga por la máxima discreción; y la *inmunidad* al señalar que no podrán ser adoptadas *ningún tipo de represalias* contra la persona denunciante.

Por lo que respecta en concreto a la muestra convencional analizada, más de la mitad de los convenios contienen alguna regulación más o menos amplia y correcta de la violencia de género en el trabajo, casi todos ellos pertenecientes al ámbito provincial de negociación. En algunos casos, solo contienen la mención del acoso sexual y del sexista como faltas muy graves en el listado de faltas y sanciones de su régimen disciplinario (Cc. de Hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de Almería (BOP 16-7-2008 Art. 51) que lo califica directamente sin más especificación como falta muy grave). Algún convenio, repite la definición contenida en la LOIEMH 3/2007 sobre el acoso sexual, pero lamentablemente olvida la de acoso sexista (Cc. Comercio de alimentación de Huelva (BOP 21-1-2008 Art.41). Sin embargo, otros convenios crean con mas o menos éxito definiciones propias (Cc. Comercio de Huelva (BOP 23-5-2008 Art. 40.J) Cc. de Oficinas y despachos de Jaén (BOP 8-9-2008 Art. 36.21), algunos incluso recurriendo a ejemplos sobre conductas calificables como acoso, entre otros el Cc. de Establecimientos sanitarios privados de Cádiz (BOP 10-10-2008) que en su Art.16 establece *"Acoso sexual laboral: las empresas y la representación de los/as trabajadores/as se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en nuestro ámbito. En*

este sentido, quedan expresamente prohibidas, todas aquellas conductas de naturaleza sexual, desarrolladas en el ámbito de organización o dirección de una empresa o en relación o como consecuencia de una relación de trabajo, realizada por un sujeto que sabe que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo y a las condiciones de trabajo y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil, intimidatorio y humillante. Se consideran constitutivas de acoso sexual, las siguientes conductas a título ejemplificativo: a) Observaciones sugerentes, chistes o comentarios sobre la apariencia sexual del/a trabajador/a, b) Peticiones de favores sexuales, incluyéndose todas aquellas insinuaciones o actuaciones que asocien la mejora de las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo del trabajador/a, a la aprobación o denegación de dichos favores; c)Exhibición o uso de pornografía en el centro de trabajo; d) Cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo, la discriminación, el abuso la vejación del/a trabajador/a en razón de su sexo; e) Toda agresión sexual. Las conductas constitutivas de acoso sexual o de discriminación serán sancionadas como faltas muy graves y, en todo caso, en su grado máximo, cuando en las mismas exista abuso de superior posición laboral/jerárquica del agresor o acosador."

Similar definición se contiene en el Cc. de Comercio textil, mercería y paquetería de Cádiz (BOP 29-7-2008 Disposiciones varias B). Algún otro convenio contiene la definición de ambas manifestaciones de la violencia de género, al acoso sexual y el sexista, correctas en tanto que constituyen copia de las contenidas en la LOIEMH 3/2007 y un compromiso de vigilancia y control por parte de las empresas y de la representación del personal con la finalidad de erradicar este tipo de conductas, que se consideran *"indeseables, de clara discriminación y que deterioran las relaciones de trabajo en las empresas y afectan a la calidad del empleo"* (Cc. Comercio en general de Sevilla (BOP 8-4-2008 Art.56). Algunos convenios realizan referencia al acoso en la parte del convenio dedicada a la salud laboral, creando un compromiso de adoptar las medidas necesarias para la prevención y erradicación de la violencia en general en el trabajo, y en especial, el acoso sexual, por ejemplo los Cc. de Actividades comerciales diversas de Jaén (BOP 8-9-2008 Art.34) y Comercio de alimentación Jaén (BOP 29-7-2008 Art. 35) contienen la misma cláusula, redactada en los siguientes términos: *"Salud laboral. A) Acoso moral y sexual: El acoso en el trabajo tanto moral como sexual constituye un problema de cierta implantación en el ámbito laboral, es por ello que ante ambos tipos de acoso, las partes firmantes del presente convenio y con los criterios preventivos de las notas técnicas de prevención del Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el trabajo, deberán actuar con el objetivo de que no se produzcan conductas de este tipo. No obstante, en caso de que se detectaran, se deberán adoptar las medidas oportunas para solucionar el problema"*. Otros, no solamente

contienen una definición correcta en el régimen convencional de la salud laboral, sino que además lo regulan como infracción sancionable en el régimen disciplinario, por ejemplo, hace referencia a la violencia de género tanto en la parte del convenio referida a salud laboral como en el régimen disciplinario el Cc. de Estudios técnicos y oficinas de arquitectura, oficinas y despachos de Almería (BOP 30-9-2008) que señala en su Art.34.15 (régimen disciplinario) *"Se considera falta muy grave….15) el acoso sexual entendiendo por tal todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual de palabra o acción, desarrollada en el ámbito laboral que sea ofensiva para la trabajadora o trabajador objeto de la misma"* y se diseña un principio de procedimiento de imposición de la sanción correspondiente y, posteriormente, en el Art.47, en la parte dedicada a salud laboral, en concreto a la *"Prevención del acoso sexual y del acoso moral en el trabajo"*, se insiste en que *"De conformidad con la recomendación y el código de conducta (sic) relativo a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo de 27 de noviembre de 1991 número 92/131 CEE, las empresas y los representantes legales de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual, de palabra o acción, desarrollada en dicho ámbito y que se ofensiva para la trabajadora o trabajador objeto de la misma. Las quejas sobre este tipo de comportamientos podrán canalizarse a través de los representantes legales de los trabajadores, siguiéndose el procedimiento sancionador previsto en el Título IX del presente convenio. Acreditada la falta será calificada como muy grave y sancionada de conformidad con lo establecido en el Art.37 a cuyo efecto constituirá circunstancia agravante el hecho de que la conducta o comportamiento se lleva a cabo prevaliéndose de una posición jerárquica."* En términos similares se expresa el Cc. Textil de Almería (BOP 20-8-2008 Art.55 y Art.74.10).

El Cc. de Oficinas y despachos de Jaén (BOP 8-8-2008) resulta un tanto confuso al confundir los planes de igualdad con los protocolos de tutela frente a la violencia de género, aunque es claramente detectable la buena voluntad de sus partes firmantes. El Capítulo X del convenio se denomina *Igualdad entre hombres y mujeres*, en su Art.41 *Igualdad de oportunidades, no discriminación entre las personas* se adopta, más que una cláusula antidiscriminatoria, una verdadera declaración de principios, en la que se definen los conceptos de discriminación directa e indirecta y las partes se comprometen formalmente a no realizarla y por lo que aquí interesa en el Art.42 se establece lo siguiente: *"Planes de igualdad y acoso sexual. Es voluntad de las partes firmantes de este convenio, hacer referencia a lo establecido por la ley en materia de acoso sexual, manifestando así su compromiso con la prevención y erradicación del*

acoso tanto de tipo sexual como por razón de sexo. Siguiendo con este compromiso, aquellas empresas con mas de 250 trabajadores deberán elaborar y aplicar un Plan de igualdad con escrupuloso cumplimiento con lo establecido en el Art.48 de la Ley 3/2007 el cual se transcribe literalmente…".

4. **Los Planes de Igualdad en la comunidad andaluza**

Como la doctrina ha señalado de forma reiterada, uno de los avances más importante en materia de igualdad entre hombres y mujeres en las empresas producido por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las empresas, es la conceptualización y la obligación de negociar medidas de acción positiva y planes de igualdad en las empresas. Debemos recordar que el Art.46 de la LOIEMH define los planes de igualdad como *".....un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo."* En otras palabras, se trata de un conjunto de medidas que, recogidas de forma *completa, planificada y sistemática* en un Plan de acción, pueden y deben adoptar dos tipos de objetivos: la eliminación de la discriminación tanto directa como indirecta (*igualdad de trato)* y la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres (*igualdad de oportunidades)* en el ámbito de aplicación del convenio que los incluya.

Para eliminar las situaciones de discriminación en primer lugar es necesario detectarlas y cuantificarlas por ello el Art.46.1 de la ley hace referencia a la necesidad de realizar un diagnóstico previo de la situación de la empresa que deberá adoptar y aplicar el Plan de Igualdad. Este requisito previo resulta ineludible si se quiere que los Planes sean eficaces ya que realizar un diagnóstico no implica solo fotografiar la situación sino analizar sus causas que será sobre las que se haya de actuar posteriormente mediante el diseño del plan. Resultaría incluso conveniente en las empresas complejas, con mas de un centro de trabajo, realizar el diagnóstico de cada uno de los centros, no de forma conjunta, sobre todo si están ubicados en diferentes comunidades autónomas pues los datos estadísticos muestran que la situación de las mujeres en cuanto a tasa de actividad, desempleo, segmentación horizontal y vertical del mercado de trabajo, varían de una comunidad a otra y es probable que estas diferencias se manifiesten en el seno de las empresas. Como el Art.46.3 puntualiza, si bien normalmente los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, se podrán adoptar medidas especiales consideradas adecuadas para determinados centros de trabajo que presenten una situación específica.

Es necesario tener en consideración que no se puede hacer un plan general aplicable a diversos ámbitos a base de cláusulas modelo ya que tanto la situación de discriminación como sus causas variarán de un ámbito a otro. Un plan eficaz para una empresa del ámbito de la sanidad, puede ser perfectamente ineficaz o incluso contraproducente para una empresa de confección o de limpieza por ejemplo.

Con el objetivo de facilitar la realización del diagnóstico la Ley introduce una modificación en el Art.63.1.1 ET al que se añade un párrafo segundo que establece que los representes del personal *"También tendrán derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo."* Se modifica también el Art. 64.1.9 al que se añade un una nueva letra c) así como un nuevo número 13 en el mismo apartado 1, que introduce entre las competencias de los comités de empresa las de **"***vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres."* Así como la de *"Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación."*

Una vez detectada la situación y sus causas, sigue señalando el Art.46.1.2º párrafo que *"Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución.....los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo"*. Respecto de esta última materia el Art.48 LOI señala que *"1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo"*.

Es decir, una vez diagnosticada la situación concreta y determinadas sus causas, resulta esencial que se establezcan los ámbitos en que es preciso actuar. Como se ve, la ley propone a modo ejemplificativo algunos como el acceso al empleo, a la formación, la promoción profesional, las condiciones de trabajo incluidas las retributivas, la conciliación de la vida familiar y profesional, la salud laboral incluida la protección de la maternidad y el riesgo durante el embarazo y la lactancia, dotando de especial relevancia dada la cantidad de derechos fundamentales que estas actuaciones violan, el acoso sexual y moral por razón de género. Es posible que no sea preciso actuar en todos los ámbitos señalados pero lo mas probable es que siempre haya que actuar en el ámbito de la salud laboral y la violencia de género en el trabajo dados los resultados que arrojan los estudios sobre negociación colectiva realizados en los últimos años, la importancia que al tema otorga la Ley y la especificidad de las referencias normativas al mismo. Hay que recordar que es preciso cuantificar los objetivos a conseguir de tal forma que, por ejemplo en materia de acceso al empleo, no bastaría con señalar en el Plan que sería necesario aumentar el número de mujeres en la empresa, sino que es preciso cuantificar el número de mujeres que se plantea alcanzar, cuantas se contratarán anualmente en el periodo de aplicación del Plan y en qué sectores, centros o categorías serán ubicadas. Es esencial tener en cuenta que antes de adoptar medidas de acción positiva resulta necesario eliminar las posibles situaciones de discriminación directa o indirecta que sean detectadas.

Es además absolutamente preciso establecer sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. Este seguimiento se puede realizar mediante la previsión expresa de la obligación de que el empleador ofrezca una información periódica y durante todo el periodo de aplicación del Plan, a los representantes del personal o, en su caso, a las Comisiones de Igualdad, sobre las modificaciones experimentadas en la plantilla, de forma que si los objetivos no se van consiguiendo se puedan analizar a tiempo las causas de la ineficacia del Plan diseñado e introducir de forma consensuada las reformas necesarias para conseguir los objetivos planteados.

El Art. 27 de la Ley 12/2007 sobre igualdad de género en Andalucía establece que "*1. La Administración de la Junta de Andalucía fomentará y prestará apoyo y asesoramiento para la elaboración de los planes de igualdad en las empresas privadas que no estén obligadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Dichos planes, sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica sobre la materia, deberán contemplar medidas para el acceso al empleo, la promoción, la formación, la igualdad retributiva; medidas para fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral, la protección frente el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como incluir criterios y mecanismos de seguimiento, evaluación y actuación*".

De su parte, el Documento de Recomendaciones adoptado por la Comisión de Igualdad del CARL señala al respecto que *"…la ley de igualdad prevé la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva con la finalidad de acelerar el paso hacia la igualdad de trato en la empresa. Ese es el sentido del art. 11 de la ley, que las define y reconoce su licitud en todos los ámbitos, y con alcance laboral, del art. 43, que autoriza a las empresas a implantarlas unilateralmente y también por acuerdo alcanzado a través de la negociación colectiva. Por último, la DA 11 reforma el art. 17 ET nuevamente con la finalidad de legitimar la adopción de estas medidas. Las medidas de acción positiva suponen reconocerles a las mujeres ciertas preferencias en el uso o disfrute de derechos en ámbitos en que se encuentran desfavorecidas, para compensar los efectos de la discriminación, que sólo estarán justificadas en casos en que esa diferenciación o trato desfavorable exista y mientras exista. Pueden ser de dos clases: absolutas, fijando cuotas de disfrute de estas medidas a un número dado de mujeres; o progresivas, metas, que señalan una finalidad a alcanzar, pero de forma gradual y no concretada numéricamente de forma inmediata y exacta. Ambas posibilidades están abiertas a la negociación colectiva, mediante Convenio o Acuerdo, en cualquiera de los ámbitos potenciales que se han expuesto con anterioridad. También pueden ser adoptadas en los Planes de Igualdad*.".

El lento goteo de los Planes de Igualdad firmados, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, evidencia la dificultad que conlleva su negociación de acuerdo a los principios en ella establecidos.

En primer lugar, de acuerdo a la LOIEMH 3/2007, la obligación de negociar planes de igualdad: *"Será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma*". A este respecto, es necesario tener en cuenta que a lo largo de 2008, se encontraron en fase de negociación 433 convenios de sector nacional, 21 convenios de grupo de empresa, 308 convenios de empresa con más de 250 trabajadores y trabajadoras, la mayoría de los acuerdos generales y sectoriales de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas y del personal funcionario en las Corporaciones Locales. A este importante volumen de convenios y acuerdos colectivos, hay que añadir un indeterminado pero muy elevado número de empresas que tendrán que negociar planes de igualdad por mandato legal o por mandato del convenio colectivo.

En segundo lugar, la ley de igualdad incluye como requisito previo a la elaboración del Plan, la realización de un diagnóstico de situación, requerimiento que implica la necesidad de un trabajo, más o menos prolongado en el tiempo, que dilata un proceso de negociación en el que actualmente se encuentran inmersas un buen número de empresas. Todos los planes adoptados a nivel

nacional, se han firmado tras la realización de un diagnóstico de situación, aunque no en todos los casos realizado con el mismo grado de exhaustividad ni de consenso, y en general responden a la definición legal de "conjunto de medidas" mas que a una estrategia completa y planificada, si bien también se advierten claras diferencias tanto en relación a la amplitud de materias tratadas como en el nivel de compromiso que implican los objetivos asumidos. Prácticamente todos ellos incluyen declaraciones de principios, regulación de los derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género, medidas de conciliación y, sobre todo medidas de información, comunicación y/o sensibilización siendo las carencias más significativas apreciables hasta el momento en los planes que han sido firmados, en primer lugar, la falta de objetivos concretos que impliquen un compromiso medible y evaluable para, por ejemplo, atajar las diferencias salariales entre sexos, romper la segregación ocupacional, incentivar la contratación, promoción y formación de las trabajadoras, etc. Tampoco suelen incluir un calendario de desarrollo de las medidas pactadas y pocos cuentan con un organismo específicamente pensado para la evaluación y control de aplicación.

En el ámbito de las Administraciones Públicas y teniendo como referencia no sólo la Ley de Igualdad, sino también el Plan Concilia y el Estatuto Básico del Empleado Público, se han alcanzado acuerdos en Administraciones de Comunidad Autónoma, tanto en Mesas Generales como en Mesas Sectoriales, y en Administraciones Locales que han adoptado, adaptado y, en algunos casos, mejorado las medidas laborales contempladas en estas normas.

Por lo que se refiere al ámbito andaluz[9] se ha comenzado a desarrollar el programa Igualem, Planes de Igualdad en Empresas, que se está aplicando en colaboración con el Instituto Andaluz de la Mujer y que está cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Este programa se propone implantar un plan de igualdad en las empresas que se acojan al mismo en el plazo de un año tras su adhesión. El programa Igualem tiene varias fases: en primer lugar, se constituye una comisión de igualdad paritaria entre empresa y sindicato que se encarga de negociar el plan de igualdad y de realizar su evaluación y seguimiento una vez implantado el mismo. A continuación se realiza un diagnóstico sobre la situación de la empresa en materia de igualdad, para el que se recoge tanto información cuantitativa del departamento de recursos humanos como entrevistas personales a informantes claves y cuestionarios a la plantilla. Posteriormente se realiza un análisis del convenio colectivo de la empresa y acto seguido se realizan sesiones informativas, por un lado, a la parte empresarial, de la que se

[9] Información requerida y recibida de la Secretaría de la Mujer de CCOO Andalucía el 13 de noviembre de 2008.

encarga el IAM, y por otro, a la sección sindical, de la que se encarga el sindicato responsable de cada empresa. Esta formación se desarrolla en dos partes, una primera sobre la teoría sexo-genero, principios básicos de igualdad y los conceptos y tipos de discriminación, y una segunda parte, que trata específicamente sobre negociación colectiva en la que se comienzan a plantear, a partir del diagnóstico y el análisis del convenio colectivo, los objetivos a incluir en la negociación del plan de igualdad. Finalmente se negociará el plan de igualdad, que una vez implantado deberá ser evaluado previo control de aplicación de las medidas adoptadas, para lo que se realizará un seguimiento periódico.

A finales de 2008, se encontraban integradas en el Proyecto Igualem y en fase de negociación del plan de igualdad siete empresas (Fadais -Fundación Andaluza para la Atención e Incorporación Social-, DAP -Desarrollo Agrario y Pesquero-, Caja Rural de Granada, Cetursa Sierra Nevada, Claros, EPES -Empresa Pública de Emergencia Sanitaria- y Algesa) aunque hay algunas más que se habían puesto en contacto con los sindicatos o con el IAM, pero por diversas circunstancias aún no habían podido iniciar el programa. De los planes en fase de negociación, algunos iban más avanzados que otros, pues se han ido incorporando en distintos momentos al programa.

Además hay algunas empresas que habían negociado planes de igualdad al amparo del programa Óptima, como el de Cajamar que se negoció en concreto, en su última edición, la correspondiente a 2005-2006, se consensuó y acordó en mayo de 2007, después de la puesta en vigor de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Se ha acordado y firmado un acuerdo en materia de conciliación, éste último mejora sensiblemente las medidas establecidas por la LOIEMH. Así mismo, en el Acuerdo Laboral de Fusión de CAJASOL incluye en su Capítulo XV el plan de igualad de la entidad, fruto de la fusión de los planes que la Caja San Fernando y El Monte negociaron y acordaron en el ciclo del programa Óptima 2002-2004. También se firmó un acuerdo en materia de conciliación, donde también establecen mejoras a la ley.

El resto de planes de igualdad de los que tenemos conocimiento están en fase de elaboración, casi todos ellos en la fase de diagnóstico que es la que más tiempo precisa.

5. CONCLUSIONES

A la vista de lo señalado hasta aquí, se puede concluir que, si bien es claramente apreciable una evolución favorable en la situación de las mujeres andaluzas en el mercado de trabajo, no ha sido conseguido el objetivo fijado tanto en el Estatuto de Autonomía de Andalucía como en la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y la Ley 12/2007 para la

igualdad de género en Andalucía, como de otro lado tampoco lo ha sido en ningún nivel, ni europeo, ni nacional. La única diferencia, es que, a tenor de los datos estadísticos, la situación de desigualdad de género en Andalucía sigue presentando peores ratios que en el resto de los niveles territoriales. Y el problema que se plantea a partir de la situación de crisis que estamos atravesando y que durará algún tiempo según señalan las declaraciones de los diferentes gobiernos, el europeo, el nacional y el andaluz, es que la situación del empleo en todos los niveles está empeorando rápida e intensamente para todos, mujeres y hombres y seguirá haciéndolo a lo largo de 2009.

En la consecución del objetivo de igualdad fijado normativamente, o al menos, en el de evitar el empeoramiento de la situación de discriminación, sigue siendo necesaria, como lo ha sido siempre, la implicación de los interlocutores sociales y este es un hecho asumido incluso por ellos mismos, que han señalado expresamente en sucesivos acuerdos al diálogo social y a la negociación colectiva como instrumentos idóneos para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas.

Sin embargo, es probable que si en tiempos de bonanza económica las reivindicaciones de las mujeres nunca han sido consideradas como prioritarias por los negociadores, ocupando siempre un lugar complementario, como se puede deducir de los múltiples estudios realizados sobre la negociación colectiva en óptica de género, en tiempos de crisis pasen a ser totalmente secundarias. La cultura y la ideología en España en general pero en Andalucía en particular, sigue admitiendo como natural la diferenciación de roles sociales en función del sexo: se sigue concibiendo demasiado frecuentemente que el obligado a llevar ingresos a las familias es el varón y por tanto, con bastante seguridad, el mantenimiento del empleo de los varones y el del poder adquisitivo de los salarios, se convertirán a corto plazo en los objetivos centrales, casi exclusivos, de la negociación colectiva. La prueba de ello son las dificultades que están surgiendo en el diseño y acuerdo de los Planes de Igualdad en las empresas. Las informaciones recibidas de los sindicatos ponen de manifiesto la dificultad de realización de buenos diagnósticos y, aún más, el rechazo de parte de las empresas a asumir las situaciones que ponen de manifiesto los diagnósticos realizados, unido a la tendencia a justificar las situaciones de discriminación detectadas en causas externas a las empresas y no a su deficiente organización y la negativa a establecer objetivos cuantificados y evaluables, están conduciendo a que los Planes de Igualdad acordados, en general consistan en un conjunto de declaraciones de buenas intenciones, muy alejados de los requerimientos recogidos en la LOIEMH.

En definitiva, creo que la aplicación de las leyes de igualdad mediante la negociación entre los interlocutores sociales, ha sido y seguirá siendo muy difícil durante la crisis. Esto se podrá comprobar cuando, terminado el periodo

de cuatro años a partir de la promulgación de la LOIEMH, se realice la evaluación prevista en la Disposición final quinta de la Ley que señala que *"Una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes"*.

ACOSO LABORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Negociación Colectiva, Acoso Laboral**

Nuestro ordenamiento incorpora todo un conjunto normativo en materia de acoso. Este no es un fenómeno homogéneo, sino que existen dos tipologías bien diferenciadas de este fenómeno: el acoso sexual y el acoso moral o mobbing. En el ámbito del Derecho del Trabajo esta regulación se reduce fundamentalmente la reconocimiento del derecho de los trabajadores a estar protegidos frente a estos fenómenos, la regulación de una causa de despido disciplinario que afecta a los acosadores y las infracciones administrativas que pueden cometer los empresarios al actuar como acosadores o al permitir que se desarrollen. Una normativa de carácter tan limitado supone la posibilidad de que la negociación colectiva se haga cargo de la regulación de estos fenómenos.

En cuanto al análisis de la negociación colectiva debemos resaltar que no es tan extraño que la negociación andaluza se refiera al acoso; al contrario, es un contenido cada vez más frecuente en nuestros convenios, conformando un conjunto normativo cada vez más amplio y abigarrado. No obstante su incorporación cualitativa es aún limitada, pues fundamentalmente se limita a dos aspectos esenciales: el establecimiento de reglas programáticas de prohibición o evitación del acoso; y las regulaciones del acoso desde una perspectiva disciplinaria o sancionadora.

ABSTRACT **Key words: Collective Bargaining, Mobbing**

Our legal body includes a set of regulations with regard to harassment. This isn't a homogenous phenomenon, but there are two well-defined types thereof: sexual harassment and professional harassment or mobbing. In the sphere of Labour Law, this regulation is basically reduced to acknowledging the rights of workers to be protected from these phenomena, regulation of disciplinary dismissal of harassers and the administrative infractions that employers may commit if they act as harassers or allow harassment behaviour in the scope of their authority. Such a limited regulation entails the possibility for collective bargaining to further regulate these phenomena. In fact, Organic Law 3/2007 is a clear promotion of the regulating role of collective bargaining on issues of sexual harassment; harboured by it, negotiated regulation on mobbing may also increase.

With regard to the analysis of collective bargaining, it must be pointed out that it isn't strange for Andalusian bargaining to refer to harassment; quite the opposite, its presence is increasingly frequent in our agreements, establishing an increasingly wide set of regulations. However, its qualitative incorporation in agreements is still limited, as it is basically limited to two essential aspects: establishing programming rules that ban or avoid harassment; and harassment regulations from a disciplinary or sanction perspective.

ÍNDICE

1. DATOS NORMATIVOS
2. PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO
3. ANÁLISIS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN MATERIA DE ACOSO
   3.1 Introducción
   3.2 Negociación y compromisos de evitar el acoso laboral
   3.3 Delimitación conceptual del acoso sexual y moral en la negociación colectiva andaluza
   3.4 La protección represiva de los trabajadores frente al acoso sexual y moral
   3.5 Procedimientos de resolución de situaciones de acoso sin acudir a vías sancionadoras
   3.6 Procedimientos preventivos
   3.7 Mecanismos integrales (o pretendidamente integrales) de actuación

1. DATOS NORMATIVOS

El acoso es una de las instituciones jurídicas que se ha incorporado más recientemente al ordenamiento laboral. Se configura como un conjunto de conductas protagonizadas por compañeros o superiores del acosado que están destinadas a hostigar al trabajador atentando contra su dignidad. En realidad, aún cuando hablemos de acoso laboral, lo cierto es que se incluyen bajo esta expresión dos tipologías bien diferentes. De un lado, el acoso moral, caracterizado por la intención de arrinconar al trabajador con conductas reiteradas de violencias psicológica que están dirigidas a provocar el sufrimiento del acosado (normalmente con el objetivo de provocar su abandono del trabajo). Junto a este fenómeno encontramos el acoso sexual, en el que el objetivo es bien distinto, pues lo que se pretende a través de las conductas de hostigamiento es la satisfacción de las apetencias sexuales del acosador.

Si ceñimos el análisis de esta cuestión a la regulación nacional (es más amplia y previa la normativa comunitaria que fundamentalmente se ha centrado en considerar el acoso como un supuesto de discriminación), veremos que la incorporación del acoso de manera expresa se ha producido en momentos realmente recientes, pues aún cuando existían trazas del acoso sexual, especialmente en el art. 8.13 LISOS, a tenor del cual se considera infracción muy grave "El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea sujeto activo de la misma"[1]; lo cierto es que la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento se produce en realidad a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre,

[1] Debemos recordar que también se recogía expresamente el acoso sexual en el art. 4.2 e) ET, en la redacción (ya derogada) que recibía a tenor de la Ley 8/1989, a tenor de la cual el trabajador tiene derecho: "e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual".

de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo un importante conjunto normativo sobre el acoso moral. Esta regulación se refuerza a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha supuesto un reforzamiento normativo de la regulación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Junto al art. 8.13 LISOS, nuestro ordenamiento cuenta con el siguiente conjunto normativo sobre el acoso: de entrada el art. 4.2 e) ET, que consagra el derecho de todo trabajador "Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo"[2].

El hecho de que se haya reconocido expresamente este derecho del trabajador ha motivado la introducción de otras dos normas importantes: el art. 54.2 g) ET y el art. 8.13 bis LISOS. El primero de ellos establece la consideración del acoso como causa de despido disciplinario, pues se considera como incumplimiento contractual "g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajen en la empresa"[3]. Se trata de establece expresamente un mecanismo que facilita la sanción del trabajador o trabajadores que cometan actuaciones de acoso; lógicamente este mecanismo no tiene utilidad cuando se trata de situaciones de acoso cometidas por el propio empresario.

Junto a la causa de despido, se ha introducido un art. 8.13 bis en la LISOS, por la que se establece una infracción administrativa dirigida a sancionar al empresario que comete actuaciones de acoso, o que permita el acoso en su empresa, considerándose este comportamiento como infracción muy grave: "El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad o edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo"[4]. Con

[2] Originalmente la norma se redactó por la Ley 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica 3/2007, que introdujo expresamente en el ET la figura del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

[3] La redacción inicial d esta letra g) del art. 54.2 ET se estableció a través de la Ley 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica 3/2007 (concretamente se añadió expresamente la referencia al "acoso sexual o por razón de sexo".

[4] Al igual que ocurre con el art. 54.2 g) ET, la redacción original procede de la Ley 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica 3/2007 (concretamente se añadía la referencia al "acoso sexual o por razón de sexo".

este precepto se establece una protección para el acosado, que actúa no sólo en aquellos casos en los que el acosador sea el propio empresario, sino también cuando, sin serlo, permita el acoso o simplemente no actúe para evitar el sufrimiento del acosado si es que el acoso se produce dentro del ámbito de ejercicio de sus facultades directivas. Se trata de un precepto que sigue la línea ya establecida por el art. 8.13 LISOS en materia de acoso sexual, imponiendo sanciones al empresario aún cuando no es quien acosa; obligándole, de esta manera, a actuar protegiendo al acosado y sancionando al acosador.

Para terminar, debemos recordar que el art. 181 LPL[5], precepto a tenor del cual se reconducen a la modalidad procesal de tutela de derechos de libertad sindical y del resto de derechos fundamentales, las demandas que versen sobre la prohibición "del tratamiento discriminatorio y de acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social".

Hay que señalar ante todo la insuficiencia de esta regulación: si bien es cierto que hay determinados aspectos recogidos expresamente por esta regulación, lo cierto es que el planteamiento legislativo es tremendamente deficiente. De entrada, no contiene ni tan siquiera un concepto de acoso, sea moral o sexual. Debemos seguir remontándonos al art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, que con carácter general señala que ha de entenderse por acoso "(…) toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo".

Este concepto legal de acoso es decepcionante. Las limitaciones de esta configuración del acoso son evidentes, pues de entrada no se plantea una diferencia entre acoso moral y acoso sexual. Más aún, el art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, deja fuera del concepto de acoso al acoso sexual, e incluso no considerada la posibilidad de un acoso por razón de sexo. Se plantea así una importante dificultad conceptual, limitando la distinción entre acoso moral y acoso sexual, cuando, tal como hemos señalado anteriormente. Ciertamente es posible hablar de "acoso laboral", incluyendo bajo esta terminología los supuestos de acoso moral y de acoso sexual; pero es evidente que se trata de cuestiones diferentes, de modo que el acoso laboral no es sino un convencionalismo para tratar dos cuestiones diferenciadas, tanto en los comportamientos o conductas que generan el acoso, como el objetivo perseguido por quien acosa[6]. Sin embargo,

[5] Este precepto incluye la figura del acoso desde la redacción del mismo otorgada por la Ley 62/2003, manteniendo la alusión a la misma tras las modificaciones sufridas por la Ley Orgánica 3/2007.

[6] Sobre la distinción del acoso moral con otras figuras distintas, vid. Mella Mendez, L.: "El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo", Tribuna Social nº 145 (2003), página 17.

el conjunto normativo laboral que hemos mencionado (arts. 4.2 e ET, 54 ET, 8.13 y 8.13 bis LISOS), si establece la distinción entre acoso en general (no se habla expresamente de acoso moral), acoso sexual y acoso por razón de sexo; ello se debe al hecho de que la actual redacción de estos preceptos fue modificada por la Ley Orgánica 3/2007, justamente con la intención de introducir junto al acoso en general, las figuras del acoso sexual y del acoso por razón de sexo; alterando así la configuración que de este fenómeno había introducido la Ley 62/2003.

El art. 7.1 LO 3/2007, establece que "constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo". El precepto es bastante genérico, pero refleja la esencia de esta figura, pues hace referencia al acoso como comportamiento de naturaleza sexual; es decir, dirigido a la satisfacción de los deseos carnales. Este precepto se complementa con la definición de acoso por razón de sexo: "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo".

En cuanto al acoso moral, tal como he tenido ocasión de señalar anteriormente[7], es todo comportamiento vejatorio o humillante (al respecto hay un "polimorfismo" de las posibles situaciones que generan acoso), que se reitera de manera sistemática, sin dar tregua al acosado, y que tiene como objetivo causar un daño al acosado, minando su moral y desestabilizándolo psicológicamente.

Ciertamente acoso moral y acoso sexual pertenecen a un tronco común, pues ambos son acosos, sin embargo, son claramente diferenciables. De entrada es evidente que el comportamiento que caracteriza al acoso sexual poco o nada tiene que ver con el acoso moral, pues se trata de conductas dirigidas a obtener una satisfacción sexual, ya sea a través del chantaje sexual[8] o a través del acoso sexual ambiental, que consiste en crear un clima insufrible de trabajo mediante comportamientos que intimiden a la víctima generando una situación de trabajo hostil dirigida a obtener el sometimiento a sus propuestas sexuales; pero en todo caso, es una conducta sexual, no sexista; de manera que es suficiente con un comportamiento de tales características para que haya acoso sexual, sin necesidad de que este deba reiterarse, tal como ocurre con el acoso moral. En

[7] Vid. Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T.: "El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales", en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 2 de 2003 (www.iustel.com), páginas 7 y ss.

[8] En estos casos el acosador es un superior jerárquico o el propio empresario, que condicionan la contratación, un ascenso, la estabilidad en el empleo, al hecho de que la víctima satisfaga las apetencias sexuales del acosador.

definitiva, en el acoso sexual estamos ante comportamientos libidinosos que no se producen en el acoso moral[9]. Tal como señala MARTINEZ ABASCAL, "Es esta finalidad de orden sexual la que separa claramente el acoso sexual del objetivo de autoexclusión o de postración laboral que el acoso moral en el trabajo persigue"[10] Por el contrario, en el acoso moral el objetivo perseguido es mucho más retorcido, pues busca quebrar la resistencia del trabajador.

Hay un segundo elemento, de carácter subjetivo, a tener en cuenta en la diferenciación entre acoso moral y sexual: mientras que el acoso moral puede ser perfectamente un fenómeno colectivo; es decir, protagonizado por un conjunto de acosadores, que atacan al sujeto más débil como una jauría; sin embargo, el acoso sexual es un fenómeno caracterizado por ser claramente individual[11], en el que hay una víctima de un único acosador. Más aún, en el acoso sexual es relativamente frecuente que el acosador busque otras víctimas, mientras que en el acoso moral suele ser una situación aislada, de manera que destruida la víctima no suele buscarse un nuevo objetivo.

Junto al acoso moral y al acoso sexual, nuestro ordenamiento se refiere también al acoso por razón de sexo. La distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es acertada, pues se trata realmente de dos cuestiones totalmente diferentes: el acoso por razón de sexo sería realmente un supuesto de acoso moral, caracterizado por el hecho de que el acoso se produce como reacción ante la pertenencia de la víctima a un determinado sexo, despreciando la capacidad laboral de la víctima por dicha razón. La diferencia entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es que el primero tiene naturaleza sexual, mientras que el segundo no (es por ello que en el acoso sexual el sexo de la víctima no es verdaderamente relevante, sino que lo esencial es que el acosador busque la satisfacción de sus deseos sexuales, con independencia del sexo del sujeto acosado); sino que éste se basa en una motivación sexista, basada en la pertenencia de la víctima al sexo femenino o masculino. Es decir, el acoso por razón de sexo es un supuesto de acoso moral, basado o motivado por la pertenencia de la víctima a un determinado sexo (normalmente por ser mujer). Dicho de otra manera, el acoso sexual es un acoso que busca la satisfacción de los deseos sexuales, supone un atentado contra la libertad sexual[12]; mientras que el

[9] Sobre la distinción entre una y otra figura vid. Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I.: "El acoso como causa de despido disciplinario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 7 (2004) (www.iustel.com), página 38.

[10] Martinez Abascal, V.A.: "La protección extrajudicial frente al acoso moral", Temas Laborales nº 92 (2007), página 63.

[11] Sobre las diferencias entre una y otra figura vid. Mella Mendez, L.: Op. cit., páginas 18 y ss.

[12] Así Altes Tarrega, J.A.: "El acoso del trabajador en la empresa", Tirant lo Blanch, Valencia 2008, página 19.

acoso por razón de sexo se caracteriza por comportamientos que humillan u ofenden a una trabajadora por su condición de mujer, buscando destruirla laboralmente[13]; es decir, se trata de un comportamiento sexista, de un acoso moral motivado por el sexo al que pertenece la víctima[14].

A tenor de esta regulación se establece una configuración del acoso fundamentalmente discriminatorio; es decir, una configuración del acoso a tenor de la cual este se ha de producir "por razón" de una de las causas de discriminación mencionadas en dicho precepto. Esto es especialmente evidente en el caso del acoso moral, incluyendo al acoso por razón de sexo. Este planteamiento se traslada a las diferentes normas que hemos señalado, incorporando éstas también que el acoso ha de producirse en razón de una de tales causas de discriminación. Tal como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad[15], esto supone que la literalidad de la regulación implica que sólo debería haber una situación de acoso cuando el acosador comete tales actos en base a la raza, etnia, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o sexo. Consecuentemente, cuando el acoso se debe a circunstancias diferentes de las enunciadas (simplemente se acosa a alguien que cae mal, o que trabaja más y mejor), estaríamos fuera del ámbito establecido por esta regulación. En estos casos, salvo que se haga una interpretación extensiva (que realmente van en contra de la literalidad de la regulación), no habría espacio para sancionar al acosador con la causa de despido por acoso, o no se podría sancionar a la empresa por permitir un acoso desarrollado por causas ajenas a las mencionadas por la regulación.

Por otra parte, otro elemento crítico a esta regulación deriva de su parcialidad: se establece una regulación del acoso que se limita exclusivamente a ciertas situaciones jurídicas, como las infracciones laborales, o el despido. Por el contrario, no existe regulación del acoso en relación con ámbitos que resultan esenciales como el preventivo y de salud laboral.

La última evolución normativa ha supuesto un importante impulso a la recepción legal del acoso sexual. Se ha establecido un conjunto normativo a través del cual no sólo se introducen ciertas modificaciones en la normativa laboral (establecimiento del derecho a la protección frente al acoso sexual y por

[13] En este sentido Pérez Del Rio, T.: "No se puede olvidar que la doctrina ha venido diferenciando entre acoso sexual y acoso sexista o por razón de sexo, sobre la base de que en el primero de los tipos, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no era sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando".

[14] Altes Tarrega, J.A.: Op. cit., página 21.

[15] Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I.: Op. cit., páginas 11 y ss.

razón de sexo, la causa de despido por estas mismas causas, o su consideración de infracción administrativa), sino que además se establece un conjunto normativo de carácter general sobre el acoso sexual, que cubre diferentes aspectos. Así, el art. 27 de esta Ley Orgánica 3/2007 incluye al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la política de salud, considerando tales fenómenos dentro del ámbito de la protección, promoción y mejora de la salud laboral; de esta manera se establece un elemento que permite reconducir la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo dentro de la prevención de riesgos laborales. Pero sobre todo el art. 46 de esta Ley Orgánica 3/2007 plantea que los planes de igualdad puedan contemplar la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, con lo que se establece un mecanismo normativo que permite regular internamente en la empresa vías para evitar el acoso sexual o por razón de sexo, arbitrándose los procedimientos para su prevención, así como los cauces de reclamación o denuncia frente a los comportamientos constitutivos de acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 48). En este sentido resultará esencial la negociación colectiva, pues se prevé expresamente (art. 48.1 LO 3/2007) que a través de la misma se pueden establecer mecanismos como la elaboración de códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación. De igual manera los representantes de los trabajadores deben contribuir a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, organizando campañas de sensibilización de los trabajadores, informando a la dirección de la empresa. Es evidente que el papel que pueden jugar tiene una trascendencia de primer orden, participando e impulsando las políticas antiacoso en la empresa[16].

Por cierto, que la distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es acertada, pues se trata realmente de dos cuestiones totalmente diferentes: el acoso por razón de sexo sería realmente un supuesto de acoso moral, caracterizado por el hecho de que el acoso se produce como reacción ante la pertenencia de la víctima a un determinado sexo, despreciando la capacidad laboral de la víctima por dicha razón. No es nuestro objetivo realizar un análisis de la delimitación jurídica del acoso moral y del acoso sexual, ni tampoco realizar una crítica a la regulación legal del acoso y de sus limitaciones, sino que en este momento es suficiente con constatar los problemas que una regulación de estas características tan limitadas puede generar y la proyección que una cuestión de tal normativa para el resto de la regulación laboral y sobre todo para la negociación colectiva. Pensemos simplemente en el problema que hemos mencionado en el párrafo anterior: la regulación del acoso como causa de despido

[16] Valdes De La Vega, B.: Op. cit., página 216.

ceñido exclusivamente a ciertas causas discriminatorias implica que siga siendo necesario utilizar otras causas de despido disciplinario como el despido por falta de buena fe, o el despido por ofensas verbales o físicas. Constatada la limitación de esta normativa, hemos de preguntarnos cuál puede ser el papel de la negociación colectiva en la tarea de regulación del fenómeno del acoso laboral.

2. PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REGULACIÓN DEL ACOSO

Aun cuando es evidente que nuestro ordenamiento no reserva un papel específico a la negociación colectiva, entendemos que puede tener una gran importancia a la hora de evitar los comportamientos que dan lugar a situaciones de acoso laboral. Recordemos ante todo que, desde la perspectiva de considerar el acoso como fuente de discriminación, ya el art. 42 de la Ley 62/2003 establecía que los convenios son un mecanismo adecuado para combatir la discriminación y prevenir el acoso moral. No obstante, esta regulación no iba más allá y no establecía medidas concretas que podía o debía contemplar la negociación. Un paso adelante se ha dado por parte de la Ley Orgánica 3/2007, regulación que ha otorgado un papel determinante a la negociación en la lucha contra el acoso sexual, sobre todo a través de la obligación de negociar planes de igualdad[17] planteada como contenido mínimo de los convenios ex art. 85.1 ET (y en el ámbito de la Administración pública recordemos lo dispuesto por el art. 62 de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con el protocolo de actuación en casos de acoso sexual y por razón de sexo). Dentro del contenido de los planes de igualdad, el art. 42.2 LO 7/2007 ha señalado que entre otras materias, podrán contemplar la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo; además, el art. 48 LO 7/2007 regula medidas específicas para prevenir estos fenómenos, especificando que "se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación"[18].

También debe tenerse en cuenta que en este objetivo resulta esencial la posición que tengan los sujetos colectivos, cuya actuación puede ser ciertamente relevante. De un lado las organizaciones sindicales han de ser capaces de crear un estado de opinión entre los trabajadores tendentes a evitar este tipo de

[17] En este sentido Altes Tarrega, J.A.: Op. cit., página 47.

[18] Vid. sobre esta cuestión Pérez Del Rio, T.: "La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género", TL nº 91 (2007), página 195.

comportamientos, sensibilizando a los trabajadores a través de la información y de la formación suficiente (recordemos que el art. 48.3 LO 7/2007 establece que los representantes de los trabajadores deben contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, mediante la sensibilización de los trabajadores y mediante la información a la dirección de las empresa de los casos de detecten[19]). De otro lado, los representantes de los trabajadores, debido a su proximidad o cercanía a los trabajadores que pueden sufrir el acoso deben tener una actuación determinante[20].

Ahora bien, la correcta actuación de los representantes va a depender no sólo de la confianza que sean capaces de inspirar a sus compañeros[21]; sino también de que dispongan de los instrumentos necesarios para poder intervenir ante posibles situaciones de acoso. Esto último va a depender en buena medida de la negociación colectiva, de que los sindicatos a nivel superior y la propia representación de los trabajadores sean capaces de establecer en los convenios colectivos los mecanismos preventivos y sancionadores necesarios. Al respecto cabe señalar que poco a poco los interlocutores sociales están tomando conciencia de la trascendencia e importancia del problema que se plantea con los supuestos de acoso[22].

La doctrina laboral ha señalado que un primer aspecto que puede ser cubierto por la negociación colectiva es la delimitación del acoso. Tal como hemos señalado anteriormente una de las principales carencias de nuestra regulación es que no existe ni un concepto de acoso omnicomprensivo, ni una delimitación conceptual de las dos figuras básicas que lo integran, el acoso moral y el acoso sexual. Desde nuestro punto de vista debemos tomar este primer contenido de la negociación colectiva sobre el acoso con cierta prudencia: el hecho de que el legislador no establezca conceptos adecuados sobre acoso moral y sexual obedece entre otros motivos a las dificultades conceptuales que presentan estas figuras, sobre todo el acoso moral; de ahí a que la regulación española haga referencia a cualquier tipo de comportamiento ofensivo o humillante; es decir, a descripciones muy genéricas de esta cuestión. Pues bien, pretender que este defecto conceptual sea cubierto por parte de la negociación colectiva es esperar demasiado: si el legislador no ha conseguido establecer un

[19] Luelmo Millán, M.A.: "Acoso moral o «mobbing». Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad", REDT nº 115 (2003), página 32.

[20] En este sentido Agra Viforcos, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, R.: "La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo", Laborum, Murcia 2004, página 117.

[21] En este sentido Luelmo Millán, M.A.: Op. cit., página 33.

[22] AGRA VIFORCOS, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, R.: Op. cit., página 118.

concepto adecuado, será tremendamente complejo, por no decir imposible, que los negociadores lo consigan. Baste pensar que los negociadores no son precisamente legisladores acostumbrados a la misión de establecer regulaciones; al contrario, suelen tener una escasa capacidad técnica. Justamente por ello se pueden plantear problemas si dejamos en manos de los negociadores esta tarea, pues un concepto inadecuado de acoso moral o sexual puede suponer que queden fuera de la protección otorgada por esta regulación múltiples conductas que realmente constituyen verdaderas situaciones de acoso.

Si puede tener utilidad una regulación de estas características si se plantea desde el punto de vista de establecer ejemplos de conductas que necesariamente se consideren como acoso, pero que no cierran totalmente la configuración del acoso; en definitiva, parece adecuado estimar que las conductas mencionadas como acoso, moral o sexual, por parte de los convenios colectivos sean entendidas como enumeraciones no cerradas. En este sentido, como comprobaremos posteriormente no es extraño tanto encontrar intentos conceptuales en la negociación colectiva, como remisiones no a la ley, sino a la regulación técnica en materia de prevención de riesgos.

Desde nuestro punto de vista la negociación colectiva se puede configurar como el mecanismo más efectivo de lucha contra el acoso laboral, no sólo por las limitaciones de la regulación legal, sino por el hecho de poder actuar de manera directa en la realidad empresarial. De esta manera, el convenio colectivo es en la actualidad la única instancia que puede establecer una regulación efectiva en materia de prevención del acoso laboral: tal como hemos señalado anteriormente uno de los grandes vacíos de nuestra regulación legal en materia de acoso es su consideración como un riesgo profesional. La cuestión es especialmente importante sobre todo desde el punto de vista del acoso moral. Sin embargo, desde la perspectiva del acoso sexual, recordemos como el art. 27 de la Ley Orgánica 3/2007 señala que las administraciones públicas, con el objetivo de integrar el principio de igualdad en la política de salud, deben facilitar la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la promoción y mejora de la salud, llegándose a modificar el art. 5.4 LPRL en este mismo sentido.

Otra cuestión en la que la negociación colectiva puede tener una especial importancia se refiere a la posibilidad de establecer vías procedimentales para resolver internamente las posibles reclamaciones en materia de acoso. La regulación actual establece la posibilidad de sancionar al empresario cuando no reacciona frente al acoso; pues bien, la negociación puede ser la que establezca cuales son los procedimientos de actuación dentro de la empresa frente a las situaciones de acoso. Esto supone beneficiar no sólo al empresario, que puede así tener un mecanismo de reacción claro que evite la consideración de que no ha actuado frente a una posible situación de acoso; sino también a los trabaja-

dores que van a contar con un mecanismo de reclamación interna frente a las conductas de acoso. Se permite así deslindar la actuación de la empresa que reacciona frente a una posible situación de acoso, evitando así su responsabilidad y se facilita una adecuada protección para las víctimas de acoso[23].

Por otra parte el convenio es un excelente mecanismo para establecer medidas de carácter cautelar; es decir, aquellas que funcionan cuando se denuncia una situación de acoso y mientras dura el procedimiento interno para constatar la certeza de la denuncia[24]. Con ello puede conseguirse que las víctimas de este tipo de comportamiento puedan estar amparadas mientras que se analiza la realidad de su situación. Por otra parte, es evidente que el convenio será el instrumento más adecuado para especificar cuáles pueden ser las sanciones a imponer frente al acoso laboral, sea moral o sexual.

Es evidente que la actuación que hasta ahora hemos descrito que los convenios colectivos pueden tener frente a situaciones de acoso facilitan una protección a los acosados en aquellos supuestos de acoso horizontal y en algunos casos de acoso vertical. Recordemos por un momento que desde el punto de vista subjetivo, existen dos tipos de acoso laboral: el horizontal y el vertical. El primero de ellos se refiere al acoso entre iguales, entre trabajadores. Por el contrario, el acoso vertical se refiere al que un trabajador puede sufrir por parte de un superior[25]. El convenio colectivo a la hora de proteger al trabajador acosado, sobre todo establecen mecanismos sancionatorios, por lo que están pensados para sancionar a otro trabajador y no al empresario; de ahí que afirmemos que el convenio sea un buen mecanismo para luchar contra el acoso horizontal[26], pues normalmente se establecerán mecanismos de prevención o sancionadores de comportamientos desarrollados por otros trabajadores o por superiores, pero difícilmente se estará regulando para evitar acoso por parte del empresario.

En caso de acoso vertical desarrollado por el propio empresario el convenio colectivo tiene mayores dificultades a la hora de establecer mecanismos de protección, pues es directamente el empresario quien comete actos

[23] Ballester Pastor, M.A.: "Guía sobre el acoso moral en el trabajo" Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla2006, página 48.

[24] En relación con esta posibilidad vid. Quesada Segura, R.: "La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo"; TL nº 92 (2007), página 142.

[25] Téngase en cuenta que el acoso vertical puede proceder de un superior, pero (y esto es extraño) también de un inferior; incluso es factible que el acosador sea un trabajador y la víctima el empresario; no en vano hemos de señalar como el art. 54.2 g) ET, al regular el acoso como causa de despido disciplinario, señala que se considera causa de despido el acoso "al empresario o a las personas que trabajen en la empresa"; es decir, se señala expresamente la posibilidad de que el sujeto pasivo del acoso sea el propio empresario.

[26] En este sentido, Ballester Pastor, M.A.: Op. cit., página 48.

de agresión utilizando sus facultades directivas. No obstante, es factible el establecimiento de mecanismos que limiten esa capacidad empresarial: no se trata tanto de introducir a través del convenio reglas expresamente destinadas a prevenir el acoso, como normas a través de las que se establezca con carácter general el ejercicio objetivo de las facultades directivas, limitando por tanto la utilización discrecional del mismo. Ello es especialmente útil en casos como los ascensos, la movilidad funcional, la geográfica o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo[27]. Es evidente que si limitamos el ejercicio despótico de las facultades directivas, estamos impidiendo que se entre en la antesala del acoso, dificultando, por tanto, el acceso a dicho tipo de comportamiento. Esta situación puede servirnos además para destacar una cuestión de interés indudable en materia de acoso moral: es conveniente distinguir los verdaderos supuestos de acoso del ejercicio irregular de las facultades directivas del empresario. Creo que es afortunada la expresión que hemos utilizado anteriormente: ejercicio "despótico" de las facultades directivas; pues bien este fenómeno no es equivalente al acoso moral. Si bien el acoso moral vertical es en esencia un ejercicio arbitrario de las facultades directivas, para que dicho ejercicio se convierta en acoso moral va a ser necesario que se produzcan actos de violencia psicológica de carácter sistematizados o frecuentes, con el objetivo o finalidad de socavar la resistencia psíquica del trabajador para acabar con él[28].

De igual manera este procedimiento puede ser útil en los casos de acoso sexual que se desarrolle a través de chantaje sexual, si bien va a tener más limitaciones en caso de acoso sexual ambiental cometido por el empresario.

En última instancia hemos de señalar que, como es lógico, la proyección de la negociación colectiva va a ser especialmente útil en caso de medianas y grandes empresas; pero los mecanismos diseñados por la misma van a tener escaso provecho en aquellos ámbitos productivos caracterizados por tratarse de pequeñas o pequeñísimas empresas, donde la negociación tiene escasa penetración y donde los mecanismos diseñados no suelen ser útiles.

3. ANÁLISIS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN MATERIA DE ACOSO

3.1. Introducción

De entrada, hemos de dejar claro cuáles son los parámetros que hemos utilizado en este estudio: nos hemos centrando en analizar los convenios colec-

[27] Vid. Ballester Pastor, M.A.: Op. cit., páginas 54 y ss.
[28] Sobre esta cuestión vid. Mella Mendez, L.: Op. cit., páginas 17 y ss.

tivos andaluces que estaban en vigor en nuestra comunidad en el mes de enero de 2009, aún cuando originalmente su vigencia se inicia años atrás; considerando en vigor aquellos que aún cuando han superado el plazo de vigencia inicialmente señalado, no han sido denunciados, o no consta en modo alguno su denuncia. No obstante, a efectos de cita a pie de página, debido a que el número de convenios es excesivo, sólo citaremos aquellos que han entrado en vigor a partir de 2007, así como aquellos anteriores que puedan resultar de interés.

Para este análisis hemos utilizado la base de datos que en materia de negociación colectiva está disponible en la página Web del Consejo Andaluz de Relaciones laborales. De la masa de convenios colectivos en vigor en Andalucía tan sólo hemos seleccionado aquellos convenios que se refieren de manera expresa al acoso, moral o sexual; es decir, hemos dejado de lado los convenios que introducen mecanismos de control de las facultades directivas empresariales, estableciendo criterios de objetivación de las mismas. Es cierto que a través de tales mecanismos es factible una limitación de las conductas empresariales que generan situaciones de acoso, pero hemos de tener en cuenta que no hay una constatación de que la intención de los negociadores sea establecer tales mecanismos para evitar el acoso laboral protagonizado por el empresario. En definitiva, nos hemos limitado a analizar el conjunto normativo que de manera expresa se refiere y regula al acoso moral o sexual en el trabajo.

Un análisis de las líneas generales de la negociación en esta materia nos conduce a las siguientes conclusiones preliminares. De entrada, si bien hemos de señalar que la doctrina laboral ha considerado que la recepción del acoso por la negociación colectiva es muy limitada, de manera que la regulación es escasa y prácticamente testimonial[29]. Estamos sólo parcialmente de acuerdo con esta afirmación, pues un análisis de la negociación colectiva andaluza evidencia una importante nivel se incorporación de esta figura a nuestros convenios. Hay que subrayar que a la hora de distinguir entre acoso moral y sexual, es cierto que está mucho más presente el acoso sexual que el acoso moral. Probablemente ello se deba a dos razones: de entrada la regulación del acoso sexual es más antigua en el ordenamiento español, pues procede de 1989 (por ejemplo, el art. 8.13 LISOS); de otro lado, la más reciente LO 3/2007 ha otorgado a la negociación colectiva un singular papel en materia de acoso sexual, sobre todo a través de la regulación de los planes de igualdad en las empresas. Entendemos que ello justifica una mayor presencia de esta figura en la negociación colectiva; de otro lado también hemos de reconocer las dificultades de delimitación

[29] En este sentido Quesada Segura, R.: "La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo", Temas Laborales nº 92 (2007), página 139.

del acoso moral, que no anima precisamente a su incorporación a los convenios colectivos.

En cuanto a la repercusión de esta materia en la estructura de la negociación colectiva en esta materia, cabe señalar dos notas: la regulación del acoso es más frecuente en los convenios que afectan a administraciones públicas o a empresas públicas, que en la negociación de las empresas privadas. Por otra parte, también cabe señalar que no existe una clara relación entre ámbitos geográficos y el hecho de que la negociación regule el acoso; es decir, que no por ser de un ámbito superior hay mayor posibilidad de que dichos convenios recojan expresamente el acoso.

También debemos señalar como una vez introducida una determinada regulación de acoso en un convenio colectivo, esta tiende a trasladarse a otros convenios colectivos (lo cual ocurre normalmente entre convenios de sectores similares, el ejemplo más claro puede ser la negociación en ayuntamientos), extendiéndose una regulación muy similar, cuando no idéntica, de un convenio a otro. Consecuentemente con lo anterior, no es extraño encontrar regulaciones sobre acoso que se reiteran miméticamente en convenios colectivos diferentes, llegando a trasladarse incluso los errores de redacción en los preceptos: es posible detectar como hay convenios de empresas públicas que señalan que se entiende por acoso sexual todo comportamiento "no verbal o físico"; dejando fuera por tanto a los comportamientos verbales. El error se produjo al copiar el art. 43.14 del convenio colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002), que habla de "comportamiento verbal, no verbal o físico". El error se ha ido trasladando a diferentes convenios colectivos. Hay transferencias y reiteraciones verdaderamente notables, ya sea por la incidencia que han tenido determinadas fórmulas en la negociación colectiva de un determinado sector (el caso de la negociación en corporaciones locales de la provincial de Granada es verdaderamente reseñable, al haberse difundido un precepto que ha sido literalmente copiado por muchos Ayuntamientos de esa provincia; al igual que ha ocurrido con las corporaciones locales de Huelva donde se ha producido el mismo fenómeno, pero con un precepto de factura diferente, extendiéndose a la mayoría de Ayuntamientos desde inicios del presente Siglo; de igual manera los distintos convenios provinciales del sector del comercio de Jaén), ya sea por el hecho de que tales fórmulas se han transferido entre convenios cuyos ámbitos nada tienen que ver entre sí.

Ahora bien, pese a lo que hemos señalado anteriormente (la notable incorporación de estas figuras a la negociación), si debemos reconocer que es cierto que en la mayoría de los convenios colectivos, la incorporación del acoso laboral es muy limitada, pues normalmente se trata de regulaciones que simplemente se limitan a considerar al acoso sexual y más limitadamente al acoso

moral, como infracciones laborales que deben sancionarse por el empresario. Por otra parte, siguiendo una tendencia bastante habitual de la negociación colectiva española, tampoco es extraño encontrar que la negociación colectiva se limita llana y simplemente a reiterar o incluso copiar literalmente las normas del Estatuto de los Trabajadores, lo cual no significa realmente una verdadera regulación negocial de este tema. No obstante, pese a lo difundido de los fenómenos que acabamos de describir, es posible encontrar en la negociación colectiva regulaciones mucho más completas y detalladas de estos aspectos, regulaciones que van mucho más allá de la simple reiteración o que se limitan simplemente a considerar al acoso (moral y/o sexual) como causa de despido.

Merece la pena, por lo tanto, realizar un estudio de cual es el contenido de la negociación colectiva andaluza en materia de acoso, lo cual debemos realizar señalando cuáles son las grandes unidades temáticas en esta materia. Desde un punto de vista sistemático podemos señalar como hay regulaciones que se limitan simplemente a establecer una simple declaración de intenciones, un compromiso de las partes negociadoras de impedir y/o suprimir las situaciones de acoso. Junto a este primer grupo también encontramos normas convencionales dedicadas a establecer análisis conceptuales sobre el acoso, conectadas normalmente con la regulación sancionadora. En tercer lugar encontramos normas que contemplan el acoso como un fenómeno digno de sanción (es decir, se regulan sanciones aplicables a los trabajadores acosadores); debemos señalar que no es extraño detectar que la regulación sancionadora es también la que en ocasiones establece cuál puede ser el concepto de acoso, mezclando así ambas cuestiones. En cuarto lugar podemos señalar a las reglas que analizan el acoso desde una perspectiva preventiva, considerando el acoso como un riesgo profesional que debe ser evaluado y evitado. También es posible detectar convenios que establecen mecanismos procedimentales, es decir, reglas con protocolos de actuación en caso de acoso[30] (en unos casos de manera más desarrollada que en otros), cuestión esta que interesa especialmente a la empresa, pues se evidencia así de manera determinante que actúa frente a las situaciones de acoso que se denuncien por los trabajadores. Analicemos a partir de ahora la regulación procedente de la negociación colectiva.

3.2. **Negociación colectiva y compromisos de evitar el acoso laboral**

Sistemáticamente la primera expresión que debemos tener en cuenta es que la negociación colectiva recoja compromisos entre empresa y trabajadores de colaborar para evitar las situaciones de acoso. Puede ocurrir que se trate de

[30] Sobre esta cuestión vid. Valdés De La Vega, B.: Op. cit., página 214.

compromisos que no añaden ningún tipo de protección específica contra las situaciones de acoso, es decir, meros llamamientos a la necesidad de evitar el acoso pero poco más. Se trata de meras declaraciones del convenio sobre la necesidad de evitar el acoso, o compromisos por la empresa para erradicar el acoso y defender a los trabajadores para conseguir un ambiente de trabajo libre de este tipo de comportamientos[31]; incluso manifestaciones que señalan el derecho de los trabajadores a no sufrir acoso y el compromiso de no tolerar tales comportamientos[32]. Tras estas declaraciones genéricas vamos a encontrarnos como los convenios actúan de dos maneras diferentes: o bien contienen una regulación expresa dirigida a luchar contra el acoso, o bien no contienen regla alguna más allá que la del compromiso inicial. Dicho de otra manera, una vez establecido el compromiso, salvo que a continuación o a lo largo del articulado se establezcan reglas que de alguna manera contemplen el acoso, dicho compromiso no tiene mayor entidad[33]. Cabe destacar como lo más frecuente en la negociación colectiva es la primera de las actitudes, de modo que tras la declaración inicial se incluyan (de manera más o menos desconectada) reglas de tutela frente al acoso en el trabajo; podemos decir que la actuación normal de los convenios negociados en Andalucía es la siguiente: en primer lugar se establece el compromiso de luchar contra el acoso, en segundo lugar se establece un concepto de acoso y finalmente se incluyen estos fenómenos en la regulación disciplinaria; o, alternativamente, tras el compromiso de luchar contra el acoso, directamente se considera que es una figura constitutiva de infracción laboral grave o muy grave.

[31] Vid. el CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 31 del CC Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006); art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 5 del CC del Ayuntamiento de San Fernando (BOP Cádiz de 12 de febrero de 2008); art. 46 CC Cádiz Electrónica, SA (BOP Cádiz de 23 de septiembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); Disp. Adic. 2ª CC Provincial de Huelva del Sector de la Madera (BOP de 28 de mayo de 2008); art. 50 CC Provincial de Sevilla de Transportes Interurbanos de Viajeros en Autobús (BOP Sevilla de 18 de junio de 2008).

[32] Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008).

[33] Podemos así remitirnos a lo regulado en diversos CC de Jaén, en los que tras reconocerse que el acoso constituye un problema, de manera que hay que actuar de manera preventiva, a partir de ahí, nada más se establece en relación a dicho problema: art. 34 CC Provincial de Jaén de Actividades Comerciales Diversas (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén de Alimentación (BOP Jaén de 29 de julio de 2008); art. 46 CC Provincial de Comercio de Materiales de Construcción (BOP Jaén de 4 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén del Comercio del Calzado (BOP Jaén de 4 de septiembre de 2008); art. 31 CC Provincial de Jaén del Comercio del Mueble (BOP de 8 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén del Comercio Textil (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008); Disp. Adic. segunda CC La Opinión de Málaga, SLU (BOP Málaga de 31 de diciembre de 2008); art. 48 CC Fundación Deportiva Municipal Ayuntamiento de Málaga (BOP Málaga de 24 de enero de 2007).

En otros casos, tras comprometerse a no tolerar el acoso, se prevé específicamente en el Convenio Colectivo el compromiso de desarrollar instrumentos que puede actuar frente al acoso (por ejemplo, el acuerdo de promover un Plan de Igualdad o un Protocolo en el que se contemple la prevención del acoso sexual o del acoso por razón de sexo[34], o un plan en general para prevenir y eliminar conductas de acoso[35]). Se trata de una remisión a una futura negociación que se va a realizar externamente al convenio colectivo, pero sin establecer plazos concretos o una estructura mínima de cuál puede ser el contenido. En ocasiones, el compromiso se limita pura y simplemente a transcribir el art. 48 de la LO 3/2007 y nada más[36]. En otros casos se establece el compromiso de evitar situaciones de acoso, estableciendo y dando a conocer a los trabajadores los procedimientos para presentar quejas, pero de igual manera sin un calendario concreto que vincule a las partes o sin un plan preciso y detallado de actuación[37]; o bien se señala la necesidad de realizar campañas informativas o acciones de formación, pero sin ninguna precisión[38].

A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 se incorporan a la negociación colectiva los compromisos para negociar un plan de igualdad y la elaboración de códigos de conducta o de buenas prácticas, o protocolos de protección de los trabajadores (compromisos que implican lógicamente una negociación futura, por lo que salvo que esta se cumpla estamos ante meras manifestaciones de voluntad sin contenido real y sin eficacia)[39]; dichos compromisos afectan sobre todo al acoso sexual, si bien en ocasiones se refieren a todo tipo de acoso.

En otros casos, tras el compromiso, se establece exclusivamente la consideración del acoso como comportamiento digno de ser reprimido, establecién-

[34] Así el CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008); o el CC de Corporación Española de Transporte, SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 5 CC Ayuntamiento de Casares (BOP Málaga de 22 de mayo de 2008); CC Diputación Provincial de Sevilla (BOP Sevilla de 13 de junio de 2007).

[35] Art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalanca (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 38 CC Flex Equipos de Descanso, SA (BOP Sevilla de 25 de enero de 2008).

[36] Art. 42 CC Provincial de Jaén de Oficinas y Despachos (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008).

[37] En este sentido el art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbas (BOP Almería de 29 de julio de 2008), art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007).

[38] Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008).

[39] Vid. por ejemplo el CC de ACERINOX, SA (BOP Cádiz de 17 de junio de 2008); CC Provincial de Cádiz de la Vid (BOP Cádiz de 7 de noviembre de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 63 CC Puleva Food, SL (BOP Granada de 24 de diciembre de 2007).

dose una remisión a la regulación disciplinaria del convenio (a veces incluso el compromiso programático se recoge con motivo de la regulación disciplinaria)[40] o incluso a la jurisdicción social[41].

También puede señalarse como en ocasiones tras la declaración de principios o compromiso se especifica el órgano o instancia encargado de elaborar procedimientos destinados a la lucha contra el acoso, pudiendo ser dicho órgano la propia comisión paritaria del convenio[42]. En otros casos la regulación es más simple, pues se limita a señalar la necesidad de que los mandos intermedios, como extensión del compromiso empresarial de no tolerar conductas de acoso, adopten las iniciativas más eficaces contra el acoso, sin perjuicio de elevar a la Dirección de Recursos Humanos tales situaciones (con lo que en la práctica tales sujetos van a eludir todo tipo de actuación por la vía de informar al superior en el ámbito de RR.HH.)[43].

Una modalidad de estas declaraciones programáticas consiste en señalar (coincidiendo aproximadamente con lo dispuesto por el art. 4.2 e ET) como derecho de los trabajadores el respeto a la dignidad o la intimidad, incluyendo la protección frente al acoso moral o sexual[44] (es evidente que el origen de esta regulación reside en la reforma de 1999 que modificó la redacción del art. 4.2 e ET, si bien sólo hacía alusión al acoso sexual, modificándose posteriormente tal como hemos señalado)[45].

[40] Art. 34 del CC de Corporación Española de Transporte, SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 42 Radio Chiclana (BOP Cádiz de 24 de julio de 2007) CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP de 18 de junio de 2008).

[41] Art. 65 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007); art. 61 CC Provincial de Almería de la Industria de la Alimentación (BOP de 14 de septiembre de 2007).

[42] Art. 4 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); arts. 35 y 36 CC Provincial de Huelva Sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008); art. 22 bis Teleonuba (BOP de 21 de junio de 2007); art. 42 CC Diario Jaén, SA (BOP Jaén de 5 de agosto de 2008).

[43] Así el art. 25 del CC de Publicaciones de Huelva, SA (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

[44] Sobre esta posibilidad vid. Ballester Pastor, M.A.: Op. cit., página 64 y ss.

[45] Llamamientos de estas características lo encontramos en la negociación de entidades locales de la provincia de Almería, como en los Ayuntamientos de Rioja (BOP Almería de 19 de octubre de 2007), Pulpi (BOP de 28 de julio de 1999), María (BOP Almería de 15 de marzo de 2007); art. 6 CC Diputación Provincial de Almería (BOP Almería de 8 de marzo de 2005); pero también en otros ámbitos, como en el art. 41 del CC de CLECE SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 del CC Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP Córdoba de 29 de diciembre de 2008); art. 28 del CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP de 4 de agosto de 2008); CC Iniciativas de Economía Alternativa y Solidaria (BOP Córdoba de 7 de agosto de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 69 CC Ayuntamiento

Tampoco resulta extraño encontrar como estos compromisos no abarcan sólo a la empresa, sino que se hace mención expresa a la necesidad de regular procedimientos con los representantes de los trabajadores, que asumen la obligación de sensibilizar a los trabajadores en relación a las conductas de acoso[46]; si bien no se dota en modo alguno a los representantes de medios para poder difundir campañas de difusión contra el acoso.

3.3. **Delimitación conceptual del acoso sexual y moral en la negociación colectiva andaluza**

No es extraño precisamente encontrar reglas en la negociación colectiva dedicadas a especificar que debe entenderse por acoso, sexual o moral. Normalmente estos conceptos se establecen en conexión con la regulación disciplinaria de la empresa; es decir, se considera en primer lugar infracción muy grave (en ocasiones grave) el acoso sexual o el moral, y a continuación se señala que se entiende por ambas cuestiones.

La configuración de estas figuras por parte de la negociación colectiva puede seguir diferentes parámetros. Por ejemplo, a la hora de establecer un

---

de Armilla (BOP Granada de 30 de mayo de 2007); art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art.42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 22 Ayuntamiento de Alora (BOP Málaga de 11 de diciembre de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Casares (BOP 22 de mayo de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Estepona (BOP Málaga de 13 de noviembre de 2008); art. 45 CC Ayuntamiento de Pizarra (BOP Málaga de 18 de noviembre de 2008); art. 56 CC Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona (BOP Málaga de 22 de mayo de 2008); art. 33 Fundación Pública de Servicios Cueva de Nerja (BOP Málaga 25 octubre de 2007); art. 56 CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP Málaga de 5 de noviembre de 2007); art. 56 CC Promoción y Comunicación Estepona, SL (BOP Málaga de 29 de noviembre de 2007); art. 56 CC Servicios Municipales Estepona, SL (BOP Málaga de 15 de noviembre de 2007); art. 34 Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP de 26 de julio de 2007); art. 56 CC Turismo y Actividades Recreativas Estepona (BOP Málaga de 2 de noviembre de 2007); art. 88 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007).

concepto suele tenerse un modelo concreto que se traslada al convenio; normalmente este modelo es el concepto que se establece en la propia regulación legal, por lo que no hay innovación alguna en la normativa convencional, sino que simplemente se copia la regulación legal (art. 7 LO 3/2007), a veces incluso de manera literal o remitiéndose al mismo[47], o bien se establece un concepto claramente inspirado en esta regulación, que resalta evidentemente que ha de tratarse de un comportamiento de naturaleza sexual[48]; o incluso se toma como apoyo para delimitar el acoso sexual la regulación comunitaria[49]. Esta situación evidencia una constante de la negociación colectiva española: que es muy habitual encontrar convenios que se limitan a copiar más o menos eficientemente la regulación legal. Rara vez encontramos conceptos de acoso sexual con autonomía respecto de la literalidad de la regulación legal[50].

Es necesario resaltar que a la hora de configurar el acoso sexual, normalmente los Convenios Colectivos suelen olvidar la diferencia entre acoso sexual ambiental y chantaje sexual, de manera que se hace mención sólo a la primera

[46] Así la Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008), en este caso sobre el acoso sexual.

[47] Vid. en este sentido el concepto de acoso sexual del CC la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (BOJA 26 de diciembre de 2007); o el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA de 22 de octubre de 2008); art. 46 del CC de UTDELT (BOJA 10 de enero de 2008); art. 34 del CC de Corporación Española de Transporte SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 31del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006); art. 75 CC Provincial de Almería de Hostelería y Turismo (BOP de 24 de enero de 2008); art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP Córdoba de 18 de junio de 2008); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 59 CC Ayuntamiento de Padul (BOP De 17 de septiembre de 2008).

[48] Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008); art. 70 CC Provincial de Granada de Derivados del Cemento (BOP Granada de 10 de octubre de 2008); art. 59 CC Provincial de Derivados del Cemento (BOP Huelva de 26 de junio de 2008); art. 38 CC SOS Cuétara (BOP Jaén de 29 de mayo de 2008); art. 30 CC Provincial de Málaga del Sector Comercio en General (BOP Málaga de 6 de septiembre de 2007); art. 55 CC Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009); CC ARC Distribución Arte para el Hogar Ibérica, SL (BOP Sevilla de 25 de enero de 2007); art. 110 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007).

[49] Art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007); art. 35 del CC INDUSAL ALANDALUS, S.L. (BP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

[50] Una excepción puede ser lo previsto en el art. 62 CC Provincial de Málaga de la Industria de Derivados del Cemento (BOP CC 16 julio de 2008), que al regularlo como infracción muy grave señala que "El acoso sexual sufrido por el trabajador o trabajadora, entendido como las conductas con tendencia libidinosa, no deseadas por el destinatario o destinataria, que generen un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, con menoscabo del derecho de la víctima a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal".

de las figuras y no se alude expresamente a esta segunda modalidad del acoso sexual[51] (recordemos que sí está delimitada por el art. 7.4 de la LO 3/2007, al señalar que "El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo"). No obstante, también es factible encontrar definiciones del acoso sexual que, si bien en el fondo reflejan de manera adecuada este fenómeno, sin embargo se alejan de los cánones formales de la regulación legal[52]. No es frecuente encontrar convenios que establecen listados ejemplificativos de cuales son las conductas que podrían considerarse como acoso sexual[53].

Por el contrario, en el caso del acoso moral hay que señalar que la negociación colectiva no suele seguir la regulación legal, debido a las limitaciones conceptuales que presenta el art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, pues tal como hemos señalado, establece un concepto de acoso exclusivamente discriminatorio. Ante estas dificultades y ante lo anómalo de la regulación legal, la negociación colectiva huye de establecer conceptos de acoso y cuando acomete esta tarea de delimitar el acoso moral, lo hace de una manera más creativa (o como señala MARTÍNEZ ABASCAL, existe una disparidad entre los distintos conceptos que ofrece la negociación colectiva sobre el acoso moral[54]), si bien suele hacerse hincapié en que las conductas de acoso pueden ser muy diferenciadas (de ahí que se aborde esta cuestión desde una perspectiva amplia o general), requiriéndose la reiteración y señalándose que el efecto del acoso es la creación de un ambiente intimidatorio, degradante o humillante para el acosado, siendo también frecuente la exigencia de lesión de la integridad moral

[51] No obstante es posible encontrar algunos convenios que si hacen referencia al chantaje sexual; así el art. 59 del CC Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 19 del CC Empresa de Servicios y Gestión Medioambiental de Puente Genil, SA (BOP Córdoba de 21 de mayo de 2007); art. 11 CC Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera (BOP Córdoba de 16 de febrero de 2006); art. 25 CC Provincial de Granada de aguas parar riegos (BOP De 9 de octubre de 2006).

[52] Art. 60 del CC Provincial de Almería de Derivados del Cemento (BOP Almería de 2 de octubre de 2008); art. 30 CC Dornier SA (BOP Cádiz de 14 de marzo de 2008). Es especialmente interesante la definición que aparece en el CC (Disposiciones Varias B) Provincial de Cádiz de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla (BOP Cádiz de 29 de julio de 2008), definición reiterada en su literalidad por la Disposición Varia F del CC Provincial de Cádiz del Metal (BOP Cádiz de 14 de noviembre de 2008).

[53] Un ejemplo sería el art. 16 del CC Provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios Privados (BOP Cádiz de 10 de octubre de 2008); o el art. 27 del CC Publicaciones de Huelva (BOP Huelva de 13 de junio de 2008); también el art. 53 CC Provincial del Sector de Manipulado, Envasado, Comercialización y Exportación de Agrios, demás frutas y sus Derivados Industriales (BOP Sevilla de 3 de junio de 2008).

[54] Martínez Abascal, V.A.: Op. cit., página 65.

o que afecte negativamente al trabajo, llegando a poner en peligro su empleo[55]. En alguna ocasión, a esta configuración del acoso se añade otro dato importante: que puede ser un comportamiento cometido no sólo por una persona, sino por un grupo de personas (comportamiento de jauría)[56].

En otros casos lo que se realiza es una maniobra bastante hábil, al considerarse acoso (moral o sexual) aquellas conductas que "están determinadas como acoso por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en

[55] Así el art. 13 del CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008): "(…) cualesquiera conductas y comportamientos entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas". También el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 de octubre de 2008): "(…) factor de riesgo psicosocial que se manifiesta por una conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud, etc) que atente, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo". La misma literalidad anterior nos la encontramos en el CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006). El art. 62 del CC Hospital del Poniente de Almería, señala que es acoso moral "toda conducta más o menos prolongada efectuada por una o varias personas y dirigida generalmente contra otra, que tenga por finalidad o efecto un trato objetivamente degradante con la consiguiente lesión de la integridad moral de la persona afectada y la degradación de su ambiente de trabajo". Otro concepto interesante lo encontramos en el art. 28 del CC Publicaciones de Huelva SA (BOP de 13 de junio de 2008): "Se calificará de acoso moral cualquier tipo de conducta abusiva que se ejerza de una forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de una reiteración de comportamientos, palabras o actitudes tendentes a producir un menoscabo o lesión en la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo". También puede señalarse lo establecido por el art. 52 CC SOPDE, SA en su art. 52 (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007); "Comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el/la afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos, durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío, recortando para ello su capacidad comunicación y de interacción con los compañeros y compañeras, rebajando sus responsabilidades, y dirigiendo contra él críticas y mentiras infundadas de su actividad laboral e incluso acerca de su vida particular". Resulta interesante por su simplicidad, pero claridad, lo dispuesto por el art. 56 CC del CC Provincial del Sector Comercio de Sevilla (BOP de 8 de abril de 2008); "(…) cualquier comportamiento realizado de modo sistemático que produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, intentando someterla emocional y psicológicamente de forma hostil para tratar de anular su capacidad profesional". Con carácter general vid. los CC de la Diputación Provincial de Almería (BOP de 8 de marzo de 2005); art. 31 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 32 del CC Servicios Económicos del Puerto SL (BOP Cádiz de 10 de diciembre de 2008); art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008); art. 19 del CC Empresa de Servicios y Gestión Medioambiental de Puente Genil, SA (BOP Córdoba de 21 de mayo de 2007).

[56] Vid. art. 42 CC Diario Jaén, SA (BOP Jaén de 5 de agosto de 2008); art. 18 CC Ayuntamiento de Andujar (BOP Jaén de 22 de enero de 2009).

nota técnica preventiva, por el Estatuto de los Trabajadores o por la normativa que en su caso lo desarrolle" o literalidad similar[57]; procedimiento por el que se dilucida el concepto de acoso concretándolo a través de su remisión a las reglas de carácter técnico en materia preventiva.

No obstante también es posible encontrar convenios que se limitan a copiar la literalidad legal del concepto legal del acoso moral[58].

Debemos destacar que son escasos los convenios colectivos que diferencian entre acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo; considerando, de manera precisa y adecuada, a este último como una manifestación del acoso moral[59]; en otros casos se limitan simplemente a establecer la diferencia sin pronunciarse si estamos ante una expresión del acoso moral[60], o incluso se define sólo el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, sin entrar para nada en el acoso moral[61].

Escasos son los convenios que hacen referencia a una cuestión tan interesante cómo la de si el acoso es un comportamiento que necesariamente debe producirse en el centro de trabajo, o si es posible ampliar el ámbito más allá. Normalmente se produce el sobreentendido de que el acoso ha de producirse en el centro de trabajo (de hecho es frecuente señalar que hay acoso cuando se

[57] Literalidad que podemos encontrar en diversos convenios colectivos, vid. art. 35 del CC de Asociación ADIS Almería (BOP Almería de 19 de julio de 2007); art. 41 del CC de ADIS Meridianos (BOP Córdoba de 30 de enero de 2009); art. 35 ADIS Meridiano Granada (BOP Granada de 14 de enero de 2008); art. 46 CC Provincial de Jaén del Transporte Regular de Mercancías (BOP de 23 de agosto de 2007); art. 35 ADIS Meridianos (BOP Málaga de 26 de marzo de 2008); art. 35 ADIS Meridianos (La Biznaga Torremolinos) (BOP Málaga de 31 de octubre de 2007).

[58] Art. 61 del CC Provincial de Almería de la Industria de la Alimentación (BOP Almería de 14 de septiembre de 2007).

[59] En este sentido el CC de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (BOJA de 26 de diciembre de 2007): "Se considera acoso moral toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, que se produce en el marco de la empresa, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo. Cuando este tipo de comportamiento tenga relación o como causa el sexo de una persona, constituirá acoso moral por razón de género". La literalidad es idéntica en el CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP Córdoba de 18 de junio de 2008); también recoge esta literalidad el art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

[60] Art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); art. 44 CC Escuela Andaluza de Salud Pública (BOP Granada de 22 de abril de 2008); art. 56 CC Provincial del Comercio de Sevilla (BOP Sevilla de 8 de abril de 2008); art. 58 del CC Provincial de Sevilla del Comercio de Maquinaria (BOP Sevilla de 2 de febrero de 2009).

[61] Art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 30 CC Provincial de Málaga del Sector Comercio en General (BOP Málaga de 6 de septiembre de 2007); art. 55 CC Empresa Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009).

produce dentro del ámbito de las facultades organizativas del empresario), si bien es posible señalar algún convenio que estima causa de despido el acoso sexual incluso fuera de las instalaciones del centro de trabajo[62]. También son escasos los pronunciamientos relativos a si la víctima del acoso puede ser una persona ajena a la empresa, si bien hay algunos convenios en los que se hace alusión expresa a esta cuestión, considerando conducta sancionable no sólo el acoso hacia compañeros sino también hacia terceros[63].

Tal como hemos señalado con anterioridad, buena parte de la doctrina estima favorable que los convenios colectivos regulen el concepto de acoso, pues no existe una norma estrictamente laboral que delimite esta cuestión. No obstante hay que llamar la atención sobre el hecho de que los convenios colectivos procedan a delimitar que se entiende por acoso, pues en ocasiones pueden añadirse requisitos o elementos conceptuales que no se exigen por la regulación legal, lo que puede suponer una restricción (o a veces una ampliación) de lo que el convenio colectivo entiende por acoso, de manera que finalmente se soslayen ciertas conductas que legalmente deben ser entendidas como acoso[64]. En este sentido, no es extraño encontrar que en la delimitación del acoso sexual se exija que el sujeto activo del acoso sepa o esté en condiciones de saber que su comportamiento resulta indeseable, irrazonable u ofensivo para la víctima; lo cual supone exigir un elemento añadido que no se deduce del concepto de acoso sexual del art. 7 de la LO 3/2007, a tenor del cual es necesario que el acosador tenga conocimiento o esté en condiciones de saber que su comportamiento no es bien venido, por lo que parece exigirse una manifestación expresa de la víctima en este sentido[65]. Esta exigencia puede acompañarse también con la necesidad de que la conducta propia del acoso sexual sea percibida por parte del acosador como no deseada por parte de la víctima[66]; es decir, no es sufi-

[62] Art. 53 CC ENCE, SA (BOP de 31 de mayo de 2007).

[63] Art. 54 CC Provincial de Córdoba de Limpieza de Edificios y Locales (BOP de 13 de junio de 2007); art. 35 CC Provincial sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008).

[64] Sobre esta cuestión vid. Martínez Abascal, V.A.: Op. cit., página 66.

[65] Así el art. 13 del CC de Grúas Móviles Autopropulsadas SL (BOJA 24 de julio de 2008): "(…) cualesquiera conductas, proposiciones o requerimientos de naturaleza sexual que tengan lugar en el ámbito de organización y dirección de la empresa, respecto de las que el sujeto sepa o esté en condiciones de saber, que resulten indeseables, irrazonables y ofensivas para quien las padece (…)". En similares términos el art. 13 del CC de CC.OO de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); o el art. 63 del CC del Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 23 CC Ayuntamiento Alcalá del Río (BOP Sevilla de 27 de marzo de 2007).

[66] Art. 13 del CC de CC.OO de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006), art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 53 del CC de la Empresa Pública de Turismo Andaluz (BOJA de 12 de marzo de 2008); art. 52 CC SOPDE, SA (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007).

ciente con que la víctima acuda a los mecanismos internos de la empresa para ser protegida y que así se estime que estamos ante una conducta no deseada, sino que viene a exigirse que el acosador perciba que su comportamiento es no deseado; lo cual puede generar problemas, pues ciertamente hay acosadores que no lo van a percibir, simplemente por no querer enterarse, dado que son inaccesibles al sufrimiento de sus víctimas. En otros casos se plantea la necesidad para que haya acoso sexual que tras la propuesta sexual haya un rechazo a la misma (pensemos en la consecuencia de esta exigencia ante una conducta de chantaje sexual aceptado por la víctima con incumplimiento posterior de promesa por el acosador) y además haya persistencia por parte del acosador (¿cuántas veces debe sufrirse esta conducta para que haya acoso?)[67]. O en caso del acoso moral se pueden encontrar convenios que exigen como mecanismo delimitador del mismo que la finalidad sea la de conseguir el abandono del trabajo por parte del acosado, exigencia no contemplada expresamente por la regulación legal[68]. En otros casos podemos encontrar que la negociación plantea un concepto homogéneo del acoso moral y sexual, sin entrar a precisar o distinguir entre ambas figuras, con los consecuentes problemas de delimitación[69]. Incluso hemos encontrado algún convenio que a la hora de delimitar el acoso moral, incluye situaciones que dudosamente pueden ser consideradas como acoso moral[70], o se ignora la necesidad de reiteración para que exista acoso moral[71].

[67] Así el art. 26 CC Publicaciones de Huelva (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

[68] Así el art. 45 del CC de al Diputación Provincial de Almería (BOP Almería de 8 de marzo de 2005).

[69] Art. 69 CC Ayuntamiento de Armilla (BOP de 30 de mayo de 2007); art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008) ; art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art.42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006).

[70] Sería el caso del CC de ARC Distribución de Arte para el Hogar Ibérica, SL (BOP Sevilla de 25 de enero de 2007). Este convenio considera acoso moral "Las ofensas verbales o físicas a todos los trabajadores que presten sus servicios en la empresa o a los familiares que convivan con ellos o al público en general"; afirmando también que se incluye bajo el acoso moral "(…) todos aquellos comportamientos que supongan la realización de una actuación abusiva sobre trabajadores, incluyendo las conductas, palabras, actos, gestos y escritos que sin necesidad de ser repetidos durante un período de tiempo prolongado, debido a su gravedad, puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individua y que tengan por finalidad el crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo" (el subrayado es nuestro).

[71] Art. 22 CC Alcalá del Rió (BOP Sevilla 27 de marzo de 2007).

3.4. La protección represiva de los trabajadores frente al acoso sexual y moral

De entre los posibles contenidos de la negociación colectiva en materia de acoso, el más frecuente es la perspectiva represiva; es decir, la regulación que impone sanciones a los trabajadores que cometen conductas que pueden calificarse como acoso moral o sexual[72]. La frecuencia de este tipo de regulación evidencia el interés empresarial de evitar este tipo de comportamientos[73]. Por otra parte debemos destacar que aún cuando los convenios no regulen expresamente el acoso como infracción laboral, es tremendamente frecuente que el abuso de poder se recoja expresamente como falta muy grave, de manera que, al menos parcialmente, estén cubiertas las situaciones de acoso por esta vía. De igual manera, suele incorporarse a los convenios las ofensas verbales y físicas, que también cubrirían los comportamientos típicos de acoso cuando no haya regulación expresa.

A la hora de recoger expresamente el acoso como causa de despido, lo más habitual es que los convenios colectivos se limiten simplemente a calificar las situaciones de acoso como infracciones laborales, siendo posteriormente de aplicación las sanciones correspondientes al grado de la infracción cometida. Al respecto debemos señalar que es frecuente encontrar que se considere exclusivamente como infracción el acoso sexual[74], sin que el convenio especifique

[72] Sobre la necesidad de que la negociación regule esta cuestión, vid. González Del Rey Rodríguez, I.: "Acoso moral en el trabajo y derecho sancionador", en AA.VV., "Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo", Comares, Granada 2007, página 167.

[73] De esta opinión se muestra Ballester Pastor, M.A.: Op. cit., página 90.

[74] En este sentido, podemos señalar a los siguientes convenios colectivos que regulan exclusivamente como infracción muy grave al acoso sexual, ignorando el acoso moral: Asistencia los Ángeles, SL (BOJA 30 de marzo de 2005), Corporación de Medios de Andalucía SA (BOJA 27 de abril de 2006), Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Joven (BOJA 7 de junio de 2006); Empresa Andaluza de Gestión de Servicios Especializados, SL (BOJA 30 de octubre de 2006); EGMASA (BOJA 22 de marzo de 2006); Tanatorios y Funerarias del Sur, SL (BOJA 8 de octubre de 2008), art. 31 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); art. 16 del CC Provincial de Almería de trabajo en el campo (BOP Almería 17 de septiembre de 2007); art. 53 Aqualia Gestión Integral del Agua SA (Centro de Níjar) (BOP Almería de 12 de julio de 2007); art. 57 CC Aqualia Gestión Integral del Agua SA (EDAR) (BOP Almería de 17 de enero de 2007); art. 31 del CC Club de Golf Playa Serena (BOP Almería de 3 de diciembre de 2008); art. 31 del CC Club de Mar de Almería (BOP Almería de 4 de abril de 2006); art. 45 del CC Hospital Virgen del Mar (BOP Almería de 11 de mayo de 2007); Art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 21Cruz Roja Española en Almería (BOP Almería de 16 de junio de 2008); ELSUR, SA (BOP Almería de 3 de julio de 2007); art. 51 del CC Provincial de Establecimientos de Hospitalización, asistencia, Consulta y Laboratorios de Análisis Clínicos de Carácter Privado Mercantil de Almería (BOP Almería de 16 de julio de 2008); art. 34 CC Provincial Estudios Técnicos y

Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General de Almería (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); Ginecología Almería SL (BOP Almería de 4 de junio de 2008); art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007), art. 39 del CC Provincial de Almería de la Industria de Panadería (BOP Almería de 9 de junio de 2006; art. 39 del CC JOFRA, SA (BOP Almería de 15 de marzo de 2007); art. 42 del CC Provincial de Almería de Empresas de Limpieza de Edificios y Locales (BOP Almería de 9 de febrero de 2007); art. 43 del CC Provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores (BOP Almería de 23 de julio de 2008); art. 68 CC Provincial de Almería de Transporte de Viajeros por Carretera (BOP Almería de 3 de septiembre de 2007); art. 56 del CC de EMADESA (BOP Cádiz de 18 de junio de 2008); art. 27 CC de ACASA (BOP Cádiz de 24 de julio de 2007); art. 51 del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007); art. 30 del CC Belizón y Rodríguez, SL (BOP Cádiz de 17 de julio de 2008); art. 37 CC de CLECE SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz, SA (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 53 CC Corporación de Medios de Cádiz, SLU (BOP Cádiz de 13 de enero de 2009); art. 33 del CC Cruz Roja Española de Cádiz (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 99 CC EMASA (BOP Cádiz 2 de junio de 2008); art. 42 CC Jerez de PVC, SL (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 46 CC Provincial de Cádiz de Obradores de Pastelería, Confiterías y Despachos (BOP Cádiz de 22 de noviembre de 2007); art. 50 del CC Provincial de Cádiz de Panaderías (BOP Cádiz de 25 de octubre de 2007); art. 57 Aquagest Sur (Lucena) (BOP Córdoba 12 de marzo de 2007); art. 46 del CC del Diario Córdoba, SA (BOP 11 de mayo de 2007), art. 48 del CC Provincial de Córdoba de Limpieza de Edificios y Locales (BOP Córdoba de 13 de junio de 2007); art. 54CC Aguas Vega Sierra Elvira, SA (BOP Granada de 27 de marzo de 2007); art. 38 CC Ajardinamientos Nevada, SL (BOP Granada de 11 de noviembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 52 CC Provincial de Granada de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas (BOP Granada de 18 de mayo de 2007); art. 34 CC Provincial de Granada de la Industria de Panadería (BOP de 14 de octubre de 2008); art. 26 CC Luis Espinosa, SA (BOP de 25 de septiembre de 2008); art. 30 CC Plásticos Ferro, SL (BOP de 18 de abril de 2007); art. 9 CC Aqualia Gestión Integral del Agua (BOP Huelva de 23 de mayo de 2007); art. 41 EMTUSA (BOP Huelva de 25 de mayo de 2007); art. 53 CC ENCE, SA (BOP Huelva de 31 de mayo de 2007); art. 38 CC Agencias Distribuidoras de Butano de Jaén (BOP Jaén de 28 de junio de 2007); art. 61 CC Aqualia Gestión Integral del Agua, SA (BOP Jaén de 6 de julio de 2007); art. 66CC Ayuntamiento de Andujar (BOP Jaén de 22 de enero de 2009); art. 39 CC CEE Acodis Iniciativas SL, (BOP Jaén de 29 de junio de 2007); art. 47 CC Escayescos, SL (BOP Jaén de 17 de abril de 2007); art. 41 CC Grupo de Empresas Sociales de Jaén, SL (BOP de 1 de agosto de 2007); art. 24 CC Sanatorio Médico-Quirúrgico Cristo Rey (BOP Jaén de 31 de octubre de 2008); art. 37 CC Provincial de Jaén de Oficinas y Despachos (BOP 8 de septiembre de 2008); art. 53 CC Actividades Deportivas 2000, SL (BOP Málaga de 10 de diciembre de 2007); art. 67 CC Aguas y Saneamientos de la Anarquía, SAU (BOP Málaga de 21 de febrero de 2007); art. 53 CC Ayuntamiento de Casares (BOP de 22 mayo de 2008); CC Casino de Torrequebrada, SA (BOP Málaga de 8 de julio de 2008); art. 72 CC Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga (BOP Málaga de 10 de marzo de 2008); art. 52 CC Difusión y Comunicación 2000, SL (BOP Málaga de 27 de diciembre de 2007); art. 62 CC Provincial de Málaga Industria de Derivados del Cemento de Málaga (BOP Málaga de 16 de julio de 2008); CC Macdonald's Sistemas España Inc. (BOP 3 abril de 2008); art. 46 CC Palacio de Ferias y Congresos de Málaga (BOP de 4 de enero de 2007); art. 19 Patronato Municipal Canal Coín RTV (BOP Málaga de 14 de enero de 2009); art. 26 CC Tana, SA (BOP Málaga de 15 de mayo de 2008); art. 75 CC ABC Sevilla, SL (BOP Sevilla 8 de marzo de 2007); CC Aperitivos Matarile, SA (BOP Sevilla 28 diciembre de 2007); CC Asociación Senda P. D.P.S.H BOP Sevilla de 24 de diciembre de 2008 (BOP Cebona de 25 de noviembre de 2008); art. 11 CC Compañía de Bebidas Pepsico, SL (BOP Sevilla 24 diciembre de 2008); art. 29 CC Antares Andalucía, SA (BOP Sevilla 19 de abril de 2008); art. 35 CC Curia Provincial Bética de la Orden Hospitalaria de San

nada respecto del acoso moral (no obstante, en algún caso se sanciona tanto al acoso sexual como al acoso por razón de sexo[75]).

En menor medida es posible observar cómo se considera infracción no sólo el acoso sexual, sino también el acoso moral[76]; o se copia la literalidad del

---

Juan de Dios (BOP Sevilla de 20 de febrero de 2007); CC Editorial Andaluza de Periódicos Independientes, SA (BOP Sevilla de 9 de julio de 2008); art. 67 CC Hospital San Juan de Dios del Aljarafe (BOP de 21 de febrero de 2008); art. 51 CC Ayuntamiento de Burguillos (BOP Sevilla de 25 de octubre de 2007); art. 46 CC Provincial de Sevilla del Sector de Confitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Churrería, Fabricación de Chocolate y Turrones (BOP de 7 de julio de 2007); art. 68 CC Provincial de Sevilla de Derivados del Cemento (BOP Sevilla de 20 de enero de 2009); art. 44 CC Provincial de Empresas de Hospitalización (BOP Sevilla de 5 de enero de 2008); art. 14 CC Provincial de Sevilla del Sector de Industrias de Panadería y Expendedurías (BOP Sevilla de 3 de enero de 2008); CC Provincial del Sector de Industrias del Aceite y sus Derivados (BOP Sevilla de 11 de octubre de 2008); art. 53 CC Provincial de Sevilla del Sector de Manipulado, Envasado, Comercialización y Exportación de Agrios (BOP Sevilla de 3 de junio de 2008); art. 33 Provincial de Sevilla del Sector de Pompas Fúnebres (BOP de 23 de diciembre de 2008).

[75] Art. 44 Emvisesa, SA (BOP Sevilla de 11 de diciembre de 2008).

[76] Vid. Convenios Colectivos de CLECE (Centro de Trabajo de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía) (BOJA de 27 de noviembre de 2007); CC del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002) VOLCONSA, S.A. (BOJA de 30 de septiembre de 2008); EUROLIMP SA (BOP Almería de 18 de septiembre de 2007); art. 78 del CC Provincial de Almería de la Industria de la Madera (BOP Almería de 19 de mayo de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de San Fernando (BOP Cádiz de 12 de febrero de 2008); art. 107 CC GINSO (BOP Cádiz de 3 de julio de 2007); art. 51 CC del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz (BOP Cádiz 31 de octubre de 2007); art. 51 CC Diputación de Cádiz (BOP Cádiz de 23 de julio de 2008); CC (Disposiciones Varias B) Provincial de Cádiz de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla (BOP Cádiz de 29 de julio de 2008), Disposición Varia F del CC Provincial de Cádiz del Metal (BOP Cádiz de 14 de noviembre de 2008); art. 60 del CC de Cementerios y Servicios Funerarios Municipales de Córdoba, SA (BOP Córdoba de 17 de diciembre de 2008), art. 45 CC Consorcio Escuela de la Madera de Encinas Reals-Cemer (BOP Córdoba de 7 de mayo de 2007); CC de la Diputación Provincial de Córdoba (BOP 4 de agosto de 2008); art. 18 del CC de INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP de 26 de febrero de 2008); CC Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (BOP Córdoba de 25 de julio de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Las Gabias (BOP de 14 de diciembre de 2007); art. 59 CC Ayuntamiento de Padul (BOP De 17 de septiembre de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 40 CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Granada (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 12 CC Club de Golf Los Cosarios (BOP Granada de 19 de septiembre de 2007); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007) art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 46 CC Ayuntamiento de la Puebla de Guzmán (BOP Huelva de 16 de junio de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 38 CC SOS Cuétara (BOP Jaén de 29 de mayo de 2008); art. 46 CC Acosol, SA (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007); art. 70 Aqualia (Vélez-Málaga) (BOP 12 de noviembre de 2007); art. 70 CC Provincial de Málaga del Sector Automoción (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007); art. 34 Ayuntamiento Alhaurín de la Torre (BOP Málaga 22 octubre de 2008); art. 51 CC Estepota (BOP Málaga de 13

actual art. 54.2 g) ET que incluye también el acoso por razón de sexo[77] (en algún caso la literalidad anterior a la actualmente vigente, que no mencionaba expresamente al acoso sexual o por razón de sexo[78]); e incluso hay convenios que consideran falta muy grave al acoso moral, sexual, acoso por razón de sexo y al acoso laboral, sin llegar a diferenciar en modo alguno unos de otros[79], u otros que hablan simplemente de acoso en el trabajo, por lo que parece incluirse a todo tipo de acoso[80].

Por lo demás estos convenios colectivos suelen limitarse a señalar al acoso moral y/o sexual como infracción muy grave, ostentando así la mayor graduación posible y siendo acreedoras a las sanciones mas relevantes, incluida la del despido (a veces incluso se prevé algún tipo de sanción específicamente aplicable a los supuestos de acoso[81]). La regla general es que los convenios no

---

de noviembre de 2008); art. 53 CC Desarrollos Municipales Estepota, SL (BOP Málaga de 8 de noviembre de 2007); art. 45 CC Festival de Cine de Málaga e Iniciativas Audiovisuales, SA (BOP Málaga de 13 de junio de 2007); art. 33 CC Fundación General de la Universidad de Málaga (BOP Málaga de 19 de mayo de 2008); art. 36 CC Fundación Museo Picasso Málaga (BOP Málaga de 26 de octubre de 2007); art. 47 CC Infraestructuras Turísticas de Andalucía, SA (BOP Málaga de 29 de octubre de 2007); art. 44 CC Patronato Municipal Deportivo Archidona (BOP Málaga de 12 de agosto de 2008); art. 53CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP de Málaga de 5 de noviembre de 2007); art. 53 CC Servicios Municipales Estepona, SL (BOP Málaga de 15 de noviembre de 2007); art. 30 CC Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP Málaga de 26 de julio de 2007); art. 52 CC Sociedad de Planificación y Desarrollo, SA (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007); art. 34 CC Cruz Roja Española de Sevilla (BOP 12 de noviembre de 2008); art. 35 CC Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Sevilla y Asociación Provincial de Ingenieros Técnicos Industriales de Sevilla (BOP Sevilla de 25 de abril de 2007); art. 56 CC Siderurgia Sevillana, SA (BOP de 12 de agosto de 2008); art. 53 CC UTE Transferencia Guadalquivir (BOP Sevilla de 20 de diciembre de 2007); art. 22 CC Ayuntamiento de Alcalá del Río (BOP Sevilla de 27 de marzo de 2007); CC Diputación Provincial de Sevilla (BOP Sevilla de 13 de junio de 2007); art. 78 CC OPAEF (BOP Sevilla de 17 de julio de 2008); art. 62 Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 11 de octubre de 2007).

[77] Art. 30 CC Provincial de Cádiz de la Madera (BOP Cádiz de 27 de junio de 2008); art. 25 del CC Instituto Provincial de Bienestar Social de Córdoba (BOP Córdoba de 16 de enero de 2008); art. 59 Eurolimp, SA (BOP Sevilla de 11 de julio de 2007); art. 55 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP de 13 de junio de 2008).

[78] Art. 12 CC Empresa de Limpiezas Municipales y Parque del Oeste, SAM (BOP Málaga de 9 de enero de 2009).

[79] Art. 25 del CC Instituto Provincial de Bienestar Social de Córdoba (BOP Córdoba de 16 de enero de 2008); art. 45 CC Ayuntamiento de La Guardia (BOP Jaén de 22 de septiembre de 2008); art. 17 CC ASTOSAM (BOP Málaga de 10 de marzo de 2008); art. 60 CC Aqualia (RONDA) (BOP Málaga de 31 de octubre de 2007); art. 55 CC Ayuntamiento de Mijas (BOP Málaga de 16 de diciembre de 2008).

[80] Art. 65 CC Agencia Andaluza de la Energía (BOP Sevilla de 18 de diciembre de 2007).

[81] Así ocurre con el art. 53 del CC de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva (BOP de 23 de junio de 2008), que establece respecto del acoso moral, que en caso de condena por sentencia judicial firme, se procederá a la inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando o cargo de responsabilidad.

entren a delimitar la figura; es decir, no se da un concepto de acoso moral, sexual o por razón de sexo. No obstante, en ocasiones los Convenios entran a analizar que se entiende por acoso sexual o moral, estableciéndose un verdadero concepto de estas figuras; sobre esta posibilidad nos remitimos a lo analizado anteriormente en el subepígrafe 3.2.

Cuestión que tiene especial importancia es cómo reacciona la negociación colectiva al graduar estas conductas. En principio, la mayor parte de los convenios se limitan a considerar el acoso moral o sexual como falta muy grave (merecedoras, por lo tanto, de la sanción de despido). Pero no es preciosamente extraño encontrarnos convenios que califican al acoso sexual o moral tanto como falta grave como muy grave en atención a los hechos o circunstancias que concurren[82] (en algún caso después de señalar en el elenco de faltas que el

[82] Vid. por ejemplo el art. 46 del CC de UTEDLT (BOJA 10 de enero de 2008); el CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA 15 de enero de 2009); arts. 53 y 54 del CC de la Empresa Pública de Turismo Andaluz (BOJA de 12 de marzo de 2008); Ayuntamientos de Rioja (BOP Almería de 19 de octubre de 2007), Pulpi (BOP de 28 de julio de 1999), o María (BOP de 15 de marzo de 2007); arts. 62 y 63 CC Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); arts. 62 y 63 del CC Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); arts. 30 y 31 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 30 CC JOSEFRANS, SL (BOP Cádiz de 2 de julio de 2007); art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 57 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); arts. 39 y 40 del CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 42 CC Patronato de Desarrollo Local "Huelva Impulsa" (BOP Huelva de 19 de febrero de 2008); art. 54 CC Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva (BOP Huelva de 23 de junio de 2008); art. 22 CC Ayuntamiento de Alora (BOO Málaga de 11 de diciembre de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Casares (BOP de 22 mayo de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Pizarra (BOP De 18 de noviembre de 2008); art. 56 CC de Desarrollos Municipales Estepota, SL (BOP 8 de noviembre de 2007); art. 56 CC Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, SL (BOP de 22 de mayo de 2008); art. 33 Fundación Pública de Servicios Cueva de Nerja (BOP Málaga de 25 de octubre de 2007); art. 54 CC Fundación Deportiva Municipal Ayuntamiento de Málaga (BOP Málaga de 24 de enero de 2007); CC Hospital Costa del Sol (BOP Málaga de 22 de enero de 2007); art. 56 CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP de 5 de noviembre de 2007); art. 56 CC Promoción y Comunicación Estepona, SL (BOP Málaga de 29 de noviembre de 2007); art. 34 CC Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP Málaga de 26 de julio de 2007); art. 56 CC Turismo y Actividades Recreativas Estepona (BOP Málaga 2 de noviembre de 2007); art. 110 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Villanueva del Ariscal (BOP Sevilla de 4 de junio de 2007).

acoso es falta muy grave, sin prever en modo alguno la posibilidad de que haya acosos simplemente graves, se establece en precepto separado la posibilidad de graduación según las circunstancias). Una regulación que tiene un efecto parecido es aquella en la que se califica al acoso como falta muy grave, "especialmente" si concurre abuso de posición prevalente o jerárquica u otra circunstancia agravante[83]. En alguna ocasión se admite la posibilidad de que se trate de una infracción leve[84], o en ocasiones se señala exclusivamente que el acoso es una conducta calificada como falta grave, pero no muy grave[85], dando así lugar a tener que analizarse si tales conductas admiten graduación. También hemos encontrado alguna anomalía como la de considerar el acoso falta grave o muy grave, y a continuación señalar como muy grave la reiteración en el acoso[86].

En principio somos de la opinión de que una vez que se produce una situación de acoso moral o sexual, de auténtico acoso, estamos ante un incumplimiento muy grave del trabajador. No entendemos que un verdadero acoso pueda ser objeto de graduación, pues este comportamiento es merecedor por sí mismo de la sanción de despido. En este sentido, detectamos algún convenio que utiliza elementos de graduación que afectan al propio concepto de acoso, señalando que el acoso sexual es falta muy grave cuando es reiterado o cuando se realiza a personal subordinado o abusando de posición jerárquica[87]. Es evidente lo criticable de esta regulación, pues sólo sería falta muy grave en caso de repetirse los episodios de acoso, por lo que la trabajadora debe soportar estoicamente los ataques sexuales hasta que haya una falta muy grave: basta con un único episodio grave para que este comportamiento ya deba ser considerado como acoso sexual y ser merecedor de las sanciones más graves[88], o sólo es falta muy grave si el acoso se proyecta hacia un subordinado, pero no al contrario.

En todo caso, es factible que conductas conducentes al acoso, que se producen de carácter aislado, pueden no tener la consideración de acoso, pero seguir siendo incumplimientos contractuales. En este caso si es aceptable graduarlas como simplemente graves, pues no estamos en puridad ante una

[83] En este sentido vid. art. 26 CC Tana, SA (BOP Málaga de 15 de mayo de 2008).

[84] CC Sucesores de Manuel Ruiz García, SL (BOP Cádiz de 13 de marzo de 2008).

[85] Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008).

[86] CC Prodetur, SA (BOP Sevilla de 28 de julio de 2008).

[87] Vid. art. 30 CC JOSEFRANS, SL (BOP Cádiz de 2 de julio de 2007); CC Intercontinental Química, SA (BOP Cádiz de 23 de junio de 2008); EMUCESA (BOP Granada de 28 de noviembre de 2005).

[88] En este sentido merece destacarse el art. 32 CC de la Empresa Servicios Económicos del Puerto SL (BOP Cádiz de 10 de diciembre de 2008), que señala expresamente que con una sola acción grave bastará para generar una situación de acoso sexual.

verdadera conducta de acoso. En todo caso, debemos tener en cuenta que en supuestos de tales características podríamos encontrarnos también que se incurre en otra causa de despido como las ofensas verbales o físicas[89].

En cuanto a circunstancias agravantes, suele recogerse la agravante de abuso de posición jerárquica[90], o que las víctimas de acoso tengan una relación laboral de carácter meramente temporal[91], e incluso la reiteración de la conducta[92]. Resulta llamativo que la inmensa mayoría de los convenios que califican al acoso como infracción muy grave, además, añaden la coletilla de considerar como agravante de tal conducta el abuso de posición jerárquica: es evidente que si ya es una infracción muy grave no puede agravarse aún más.

Dentro del ámbito de la represión de las conductas de acoso, encontramos que tiene especial interés el desarrollo de procedimientos dirigidos a reprimir tales conductas. Es posible encontrar convenios que establecen cuál es la vía para reclamar contra las situaciones de acoso, si bien normalmente se establece una instancia ante la que reclamar, para que a partir de ahí se aplique el expediente disciplinario ordinario que regulado en el propio convenio, señalándose algunas especialidades cuando se trata de un expediente por acoso, tales como la necesidad de actuar de manera confidencial, la introducción de medidas cautelares o la previsión expresa de evitar las represalias[93]. En otros casos se delinea un procedimiento de actuación específico dedicado exclusivamente a resolver las cuestiones disciplinarias relativas al acoso, normalmente caracterizado por la pretensión de que sea ágil y rápido, garantice el derecho a la intimidad y la confidencialidad[94].

Si bien es cierto que estos expedientes disciplinarios suelen diferenciarse poco de los ordinarios, podemos encontrar como normalmente hay elementos

[89] En este sentido Ballester Pastor, M.A.: Op. cit., página 50.

[90] Así el CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008), o el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA de 22 de octubre de 2008).

[91] Art. 31 del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006).

[92] Art. 37 del CC de Willy-Zoco, SL (BOJA de 6 de octubre de 2005).

[93] Art. 59 del CC del Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 44 CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Granada (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 112 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007); art. 56 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP Sevilla de 13 de junio de 2008).

[94] Art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008); art. 20 CC Refresco Iberia, SLU (BOP Córdoba de 22 de septiembre de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 44 CC Escuela Andaluza de Salud Pública (BOP Granada de 22 de abril de 2008); CC Provincial de Granada de Exhibición Cinematográfica (BOP de 4 de diciembre de 2008).

propios o característicos del acoso, uno especialmente relevante es que estos procedimientos comienzan normalmente previa denuncia de la víctima del acoso, o el interés por el uso de medidas cautelares y la confidencialidad del procedimiento.

En algunos casos los mecanismos procedimentales se limitan a un informe emitido por un órgano interno, previo a la decisión sancionadora que le corresponderá al empresario[95]. En otros casos se prevé el establecimiento de un organismo paritario que tiene como función conocer de las denuncias presentadas en materia de acoso[96].

En el marco de estos mecanismos procedimentales es especialmente interesante la aplicación de medidas cautelares[97]. Se trata de una de las cuestiones que va a tener un mayor impacto y que puede ayudar de una manera más eficiente a la víctima del acoso: notar que cuando acude a estas vías se aplican al acosador mecanismos cautelares que evitan que la tortura continúe. En este sentido se puede establecer la separación de la víctima y del presunto agresor[98]. No obstante, se pone énfasis en que dicha separación no se haga en perjuicio de quien denuncia el acoso, de la víctima, impidiéndose que sobre el caiga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo[99]; de manera que las posibles alteración han de ser sufridas por el presunto acosador, salvo que, por ejemplo, sea el propio acosado quien solicite un cambio de lugar de trabajo[100]. En otros casos, simplemente se limita el convenio a reconocer que en el proceso disciplinario deberán tomarse las medidas cautelares y de protección de la víctima durante el mismo, que no podrán perjudicarle, pero sin especificar cuales pueden ser tales medidas cautelares[101].

También suele plantearse en estos procedimientos la necesidad de que se garantice el respeto a la intimidad de la víctima (específicamente en caso de

[95] Art. 46 CC Acosol, SA (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007).

[96] Art. 44 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP Sevilla de 13 de junio de 2008), en este caso en relación con el acoso sexual; también el art. 7 del CC Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009).

[97] Sobre la necesidad de aplicar medidas cautelares vid. González Del Rey Rodríguez, I.: Op. cit., página 169; también Valdés De La Vega, B.: Op. cit., página 211.

[98] Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006).

[99] Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006); también el CC de UTEDLT (BOJA de 10 de enero de 2008); CC Sucesores de Manuel Ruíz García, SL (BOP Cádiz de 13 de marzo de 2008); art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

[100] En este sentido el art. 36 CC Provincial de Huelva Sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008).

[101] Art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008).

acoso sexual, pero a veces se extiende incluso al acoso moral)[102] e incluso de las personas denunciadas, guardándose confidencialidad, reserva y discreción respecto de los hechos[103]. También es posible encontrar reglas dirigidas a evitar todo tipo de represalias contra la persona denunciante ni contra los testigos[104]. En todo caso, es posible encontrar cómo hay convenios que expresamente señalan consecuencias disciplinarias en caso de denuncias temerarias, infundadas, falsas o injustificadas[105].

En algún caso el convenio otorga a los mecanismos de prevención de riesgos (Comité de Seguridad y Salud, delegados de prevención), un relevante papel en la tramitación del expediente de depuración de responsabilidades que se ha establecido al efecto[106]. Probablemente sería de más utilidad que el papel relevante de estos sujetos deba ser adoptado e impulsado en la aplicación de medidas preventivas, que es la gran asignatura pendiente en esta materia.

3.5. **Procedimientos de resolución de situaciones de acoso sin acudir a vías sancionadoras**

Aún cuando son raros, es posible encontrar que algunos convenios hacen alusión a procedimientos en los que una vez denunciado el acoso, se intenta

[102] CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008).

[103] CC de UTEDLT (BOJA 10 de enero de 2008); CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA de 15 de enero de 2009); VOLCONSA, SA (BOJA de 30 de septiembre de 2008); art. 33 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 41 CC Provincial de Córdoba de Fabricación y Venta de Productos de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); CC Ayuntamiento de Mijas (BOP Málaga de 16 de diciembre de 2008).

[104] CC de UTEDLT (BOJA de 10 de enero de 2008), VOLCONSA, SA (BOJA de 30 de septiembre de 2008), art. 40 del CC del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); CC Provincial de Córdoba del Sector de la Madera (BOP Córdoba de 20 de noviembre de 2008); art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008); art. 20 CC Refresco Iberia, SLU (BOP Córdoba de 22 de septiembre de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008).

[105] Art. 41 CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 27 CC IMFE (BOP Granada de 3 de noviembre de 2003); art. 25 CC Publicaciones de Huelva SA (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

[106] Vid. art. 31 del CC del Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006).

resolver la situación sin acudir a una sanción, sino a través de mecanismos que buscan llegar a un acuerdo o a imponer una tregua permanente entre víctimas y verdugos; en definitiva, son mecanismos que pretenden alcanzar una solución consensuada entre ambas partes[107]. La cuestión puede ser interesante, pero controvertida: de un lado no parece muy adecuado que si se han cometido acciones propias de acoso, por lo tanto, verdaderos incumplimientos contractuales, escapen a la acción represiva y a las posibles sanciones que merecen tales comportamientos. Por otra parte, no parece tampoco muy viable que las victimas que sufren el acoso se conformen con resolver la cuestión alcanzando un acuerdo con sus verdugos[108].

Parecería, por tanto, que este tipo de mecanismo debe afectar a aquellos comportamientos que sin llegar a ser acoso, si suponen el ejercicio de actitudes dirigidas a molestar a compañeros de trabajo; sobre todo si ese tipo de comportamientos no va en una sola dirección sino que el presunto acosado también responde de la misma manera y con actitudes similares.

En otras ocasiones estos procedimientos parece que están diseñados como antesala para un posterior procedimiento disciplinario; de manera que el acosado se dirige a ellos para obtener un informe del órgano diseñado para tal fin (que no tiene que ser un órgano específico para ello, bastando que sea la propia comisión paritaria del convenio), tras lo cual podrá iniciar las actuaciones dirigidas a obtener una sanción para el acosador[109].

3.6. **Procedimientos preventivos**

Una de las actuaciones que nos parece más interesante en materia de lucha contra el acoso es la introducción a través de la negociación colectiva de meca-

[107] Sobre acoso sexual ver lo dispuesto por el art. 59 del CC del Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 69 CC Ayuntamiento de Armilla (BOP de 30 de mayo de 2007) ; art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art.42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006).

[108] En este sentido AGRA VIFORCOS, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, R.: Op. cit., página 121.

[109] Art. 50 del CC Provincial de Almería de Exhibición Cinematográfica (BOP Almería de 3 de febrero de 2005).

nismos de carácter preventivo; es decir, aquél conjunto de medidas que de una u otra manera estén destinadas a evitar que las conductas de acoso se produzcan en la empresa. Sin embargo cabe señalar que en este ámbito vamos a encontrar un problema de delimitación, pues el carácter preventivo es tremendamente genérico, dado que abarca a todo tipo de medidas que pretenden impedir que estas conductas se produzcan; es decir, se trata de mecanismos que se ponen en marcha con anterioridad a que la situación de acoso se produzca y que no son reacción frente a una concreta situación de acoso. En la práctica sería preventivo todo lo que no es represivo (e incluso toda medida represiva tiene, por su ejemplaridad, elementos preventivos para futuros acosadores). Esto supone que sea bastante difícil especificar mecanismos estándares. Desde una perspectiva general todos los mecanismos que hasta ahora hemos señalado tienen una evidente vertiente preventiva[110]: las declaraciones programáticas empresariales de impedir el acoso, el establecimientos de procedimientos específicos en caso de denuncias relativas a posibles situaciones de acoso, los procedimientos de resolución no disciplinarios, las propias sanciones en caso de acoso, tienen una incidencia sobre los acosadores, por lo que se la existencia de toda una batería de medidas en esta dirección va a tener también como efecto la prevención de conductas de acoso.

Por ejemplo, una primera posibilidad sería la de crear instancias abiertas a los trabajadores, para que denuncien presuntas situaciones de acoso y luchar así contra ellas, evitando de esta manera el daño que puede sufrir el trabajador. Ciertamente este tipo de mecanismo tiene un importante atractivo para la empresa, pues el establecimiento y utilización de este tipo de procedimientos va a evidenciar que la empresa actúa contra las situaciones de acoso, evitando así la aplicación del art. 8.13 y 13 bis LISOS (tanto es así que a veces incluso se especifica en la regulación convencional que la tramitación del procedimiento supone la exoneración de la empresa de la posible responsabilidad[111]).

Estos procedimientos pueden ser de factura variada. Hay casos en los que el Convenio Colectivo acude a la creación de una figura, un cargo dentro de la empresa, encargado de velar por las denuncias presentadas; así podemos encontrar figuras como la del Agente de Igualdad[112]. No obstante, hay que resaltar cómo este tipo de mecanismos, más que servir como instrumentos de prevención, dirigidos a evitar que el acoso se produzca, son instrumentos que tienen como objetivo eliminar las situaciones de acoso que ya se han producido; así,

[110] Sobre esta cuestión vid. Jurado Segovia, A.: "Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral", La Ley, Madrid 2008, páginas 303 y ss.

[111] Vid. art. 41 del CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008).

[112] Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006); en este caso se trata de un mecanismo de lucha contra el acoso sexual.

tras la denuncia de acoso y el desarrollo del proceso (que incluso se denomina "expediente contradictorio"), si se constata la certeza de la denuncia, se desarrolla un proceso verdaderamente disciplinario[113]. Por lo tanto, no es extraño encontrar que tienen más una finalidad represiva que preventiva.

En realidad, los mecanismos estrictamente preventivos tienen un escaso desarrollo dentro de la negociación colectiva andaluza, pese a que debería ser el procedimiento de mayor eficacia en la lucha contra las situaciones de acoso. Hay remisiones a procedimientos específicos, pero remisiones *ad futurum*, sin especificar o precisar nada más (con lo que en realidad estamos ante compromisos prácticamente vacíos)[114]. En otros casos se acude al Plan de Igualdad, que puede o no estar incorporado al convenio, especificando que en el mismo se contempla específicamente materia de acoso (normalmente los planes de igualdad recogen sólo el acoso sexual o el acoso por razón de sexo)[115].

De otro lado, dentro de los mecanismos de prevención podemos señalar a la posibilidad de que se realicen campañas de sensibilización por parte de la empresa y/o los representantes de los trabajadores. Parece este un medio bastante adecuado, pero si el convenio colectivo no determina con claridad dicho mecanismo estaremos simplemente ante una norma meramente programática y sin verdadero contenido, dependiente de que pueda conseguirse con la empresa un acuerdo específico sobre esta cuestión[116].

Parece que en estos procedimientos preventivos ha de tener una especial importancia el papel de los representantes de los trabajadores, existiendo convenios colectivos que señalan expresamente que las quejas por comportamientos de acoso deberán desarrollarse a través de los mismos, asumiendo éstos un papel de asesoramiento[117], o convenios que establecen la necesidad de acordar con tales representantes las medidas organizativas del trabajo que evite las situaciones de acoso[118]. Ahora bien, es evidente que si los convenios colec-

[113] Vid. art. 41 del CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008).

[114] Vid. el art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA De 15 de enero de 2009).

[115] Vid. la DA 6ª del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA De 15 de enero de 2009).

[116] Vid. en este sentido la Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008).

[117] Art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 41 del CC Provincial de Córdoba de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 25 CC Finca El Río, SA (BOP Córdoba de 29 de marzo de 2004); art. 42 CC Provincial del Sector de Industrias Vinícolas, Licoreras y Alcoholeras de la Provincia de Córdoba (BOP 16 de junio de 2006); art. 27 CC Productos Machi, SA (BOP 7 de mayo de 2004).

[118] Art. 31 del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentes de Ambulancias (BOJA De 23 de mayo de 2006).

tivos no precisan las medidas en las que estos van a intervenir, no se habilitan los medios oportunos o los procedimientos de manera expresa, no estamos sino ante una modalidad de los compromisos generales para evitar el acoso; sin que tal regulación tenga verdadera entidad como instrumento de lucha contra el acoso. En otros casos se habilita a la Comisión Paritaria del convenio para que sea está la que actúe[119] e incluso quien adopte normas básicas de actuación o se remite la cuestión al establecimiento de códigos de conducta (que no se recogen en el convenio, por lo que habrá que estar a si se regulan o no)[120].

En otros casos los mecanismos preventivos consisten en establecer concretas prohibiciones, como las de utilizar el correo electrónico cuando promueven el acoso sexual[121].

En definitiva, en todos estos mecanismos que analizamos nos vamos a encontrar con una dura realidad: que si bien es posible detectar como los convenios tienen un cierto interés por las medidas preventivas, lo cierto es que no suelen precisarlas en manera alguna. Parece como si el convenio no fuese adecuado para regular una cuestión tan delicada como el acoso y los mecanismos de prevención; dejándolo todo a un posible acuerdo (negociación colectiva) externo al convenio dedicado exclusivamente a esta cuestión; acuerdo que se realizará o no, pues parece que el interés de los negociadores sobre esta cuestión se limita exclusivamente a establecer la regla general, un mero compromiso de actuación que inmediatamente pasa a dormir el sueño de los justos y del que no vuelve a hablarse. En este sentido, algún convenio va un poco más lejos y llega a remitirse a un acuerdo posterior, pero esbozando las líneas esenciales del mismo, o declara como anexo al convenio el futuro Código de Conducta que se va a elaborar (si es que se elabora, claro), o incluso considera de aplicación la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 sobre protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo[122].

[119] Art. 41 CC Provincial de Córdoba de Fabricación y Venta de Productos de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 25 CC Finca El Río, SA (BOP Córdoba de 29 de marzo de 2004); art. 27 CC Productos Machi, SA (BOP Córdoba de 7 de mayo de 2004).

[120] Art. 9 del CC del Consorcio Escuela del Mármol de Fines (BOP Almería de 5 de diciembre de 2008); art. 40 del CC del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007).

[121] Art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008).

[122] Cláusula Adicional 4ª del CC del Ayuntamiento de Almería (BOP Almería de 1 de octubre de 2008); art. 75 del CC Provincial de Almería de Hostelería y Turismo (BOP Almería de 24 de enero de 2008); art. 55 CC Grupo Empresarial Renta Todo Sonido, SL y Renta Todo Carpas, SL (BOP de 18 de septiembre de 2003); art. 61CC Provincial de Almería de Industria de la Alimentación (BOP Almería de 14 de septiembre de 2007).

Dentro de las medidas de carácter preventivo debemos incluir también, como es lógico, las medidas que desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales se ponen en marcha frente al acoso moral y sexual. Se trata de una cuestión que tiene una gran relevancia en la lucha frente al acoso, pues la mejor tutela es la preventiva, por la que se evita sufrir el riesgo[123]. Recordemos que el art. 2.2 LPRL facilita que la negociación colectiva entre de lleno a regular la prevención de riesgos, por lo que sería perfectamente factible que el convenio regule el acoso desde este punto de vista; no obstante, la verdad es que tiene escasa acogida por parte de la negociación colectiva; bien podemos decir, que la negociación está desaprovechada como mecanismo para luchar contra el acoso desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales[124].

En buena medida la negociación colectiva pueden no parecer necesaria en esta materia: la normativa legal, la reglamentaria o la de carácter técnico establece todo un conjunto de obligaciones empresariales (la evaluación de riesgos, la adopción de medidas dirigidas a evitar los riesgos detectados, obligaciones formativas, de información, etc). Consecuentemente, si ya existen estas obligaciones empresariales, que a través de la regulación técnica pueden estar reguladas de una manera bastante precisa, no parece necesaria la negociación. Sin embargo, es evidente que los factores de riesgo psicosociales no suelen formar parte de la acción preventiva de las empresas; de ahí que entendemos que la negociación puede ser relevante para reactivar el cumplimiento con las obligaciones generales de las empresas en materia preventiva, cuando afectan a estos riesgos específicos. La planificación preventiva puede suponer la adopción de políticas empresariales antiacoso que se instrumentalizan a través de la negociación colectiva, impulsando una cultura preventiva a través del establecimiento de protocolos o códigos de conducta, en desarrollo y cumplimiento de las obligaciones antes señaladas[125]. De otro lado es evidente que la negociación colectiva, también desde una perspectiva preventiva, puede establecer reglas de gestión de los conflictos que ponen de manifiestos elementos iniciales de las conductas de acoso, paralizando que tales conductas cuajen en verdaderas situaciones de acoso. Otra posibilidad sería la de regular en convenio el papel del servicio de prevención en materia de acoso: desde la difusión de información sobre la cuestión, hasta el asesoramiento de las posibles víctimas de acoso.

[123] Sobre esta cuestión Valdés de la Vega, B.: "El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva", en AA.VV., "Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo", Comares, Granada 2007, página 194.

[124] Martínez Abascal, A.V.: Op. cit., página 83.

[125] Sobre esta cuestión, vid. Navarro Nieto, F.: "La tutela jurídica frente al acoso moral laboral", Aranzadi, Pamplona 2007, página 89.

Los convenios colectivos pueden incorporar expresamente a la evaluación de riesgos las posibles situaciones de acoso, pues éstas se incluyen en el ámbito de los riesgos psicosociales[126]. Pero junto a la evolución de riesgos puede tener especial eficacia la formación de los trabajadores y la información a los trabajadores de las consecuencias del acoso y los procedimientos para evitarlos. Aspecto que puede ser especialmente interesante es el ejercicio de la movilidad de los trabajadores como medida preventiva. No es extraño encontrar reglas en materia de prevención de riesgos que para resolver situaciones de riesgos proceden a la movilidad de los trabajadores, sería el caso de las situaciones de riesgo para el embarazo[127]. No obstante, la aplicación mimética de este mecanismo a la situación de acoso cuenta con un importante inconveniente: que la movilidad del sujeto pasivo (la víctima), puede percibirse como una respuesta ante la denuncia por posibles situaciones de acoso; de ahí que dicha movilidad debería dirigirse sobre los presuntos acosadores, salvo que el propio sujeto pasivo sea quien tenga interés en la movilidad.

En los pocos casos que hemos encontrado en los convenios andaluces se trata fundamentalmente de regulaciones que consideran las situaciones de acoso dentro de los riegos psicosociales, reclamando la aplicación específica de los criterios de actuación de la regulación preventiva al acoso (que en la evaluación haya apartados sobre acoso, que la organización del trabajo tenga en cuenta la necesidad de evitar la competitividad entre trabajadores o las situaciones de aislamiento, garantizando la equidad en la toma de decisiones, impulsando la transparencia organizativa o impulsando la información y formación hacia los trabajadores)[128]. En otros casos se alude simplemente al papel del Comité de Seguridad y Salud en el estudio de situaciones que puedan suponer posibles situaciones de acoso[129]. En líneas generales, esta regulación tan pobre es reflejo tanto de la falta de asunción del acoso como riesgo profesional, como de la indeterminación de las posibles medidas que deberían adoptarse en esta materia[130].

[126] AGRA VIFORCOS, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, R.: Op. cit., página 123.

[127] Sobre esta cuestión Jurado Segovia, A.: Op. cit., páginas 330 y ss.

[128] Ver en este sentido el art. 95 del CC de GINSO (BOP Cádiz de 3 de julio de 2007).

[129] Art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008).

[130] Sobre esta cuestión vid. Rodríguez López, P.: "El acoso moral en el trabajo. La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo", Difusa 2004, Madrid 2004, página 201.

3.7. **Mecanismos integrales (o pretendidamente integrales) de actuación**

Para terminar con el análisis de esta cuestión hemos de referirnos a la menos habitual de las regulaciones en materia de acoso: el establecimiento de regulaciones integrales frente al acoso; es decir, regulaciones que aúnan las diferentes medidas que hemos ido señalando, de manera que al mismo tiempo se establece toda una batería de medidas frente al acoso. Dado su carácter integral estas regulaciones son las más eficaces en la lucha contra estos fenómenos, si bien no es precisamente frecuente encontrar este tipo de regulación. Normalmente este tipo de planteamiento obedece a la elaboración por parte del convenio de un código de conducta o de un protocolo de actuación, que pretende ser contemplar los fenómenos de acoso desde un punto de vista lo más amplio posible, si bien en algunos casos, tales códigos o protocolos son relativamente escuetos (escuetos comparados con protocolos muy bien elaborados y relativamente escuetos en comparación con la mayor parte de los convenios que sólo tiene referencias muy limitadas al acoso).

Por su carácter excepcional podemos señalar el Acuerdo de Negociación Colectiva (afecta tanto al personal laboral como funcionario) de la Diputación Provincial de Cádiz (BOP Cádiz de 23 de julio de 2008). Esta regulación se incorpora al Plan de Igualdad (que deriva del art. 45 LO 3/2007), que incluye, entre otras medidas, un completo protocolo para la prevención de la violencia de género en el trabajo (sólo afecta, por tanto al acoso sexual y al acoso por razón de sexo). Tras un amplísimo preámbulo en el que se especifica todo el conjunto normativo nacional y comunitario dedicado al acoso sexual y por razón de sexo se procede al establecimiento de un concepto sobre acoso sexual (que incluye pronunciamientos doctrinales, listado ejemplificativo de las conductas que constituyen acoso sexual –en algún caso confundiendo comportamientos típicos de acoso moral–), se establece el compromiso de difundir el protocolo, incluso por medios informáticos, entre los trabajadores de la empresa, y dar publicidad externa, así como realizar cursos en materia preventiva.

A partir de aquí se establecen los órganos que deben aplicar el protocolo: se crea un Asesor Confidencial que inicialmente deberá actuar casi como mediador ante denuncias, recomendando medidas cautelares como la separación entre víctima y agresor; y una Comisión de Violencia de Género, que actuará fundamentalmente en el ámbito disciplinario; se crea así una instancia especializada en procedimientos de estas características, lo cual parece a priori una medida bastante interesante. Ambos han de contar con los medios necesarios, que deben ser facilitados por la empresa, pudiendo contar incluso con asesores.

Se regulan aspectos procedimentales de importancia, que en líneas generales consiste en una fase inicial desarrollada por el Asesor Confidencial que

realiza un informe preliminar que se eleva a la Comisión, para que esta adopte las medidas cautelares y realice una valoración y propondrá las medidas al órgano de Recursos Humanos que aplicará la medida oportuna. Resalta de este procedimiento la existencia de medidas cautelares de enorme interés; también se regula un completo elenco de las posibles infracciones relacionadas con el acoso (como faltas muy graves el propio acoso sexual o por razón de sexo, pero como faltas graves conductas de tolerancia de los superiores, desconsideraciones que aisladamente no constituyen acoso); y se establece una regulación específica sobre prescripción de las infracciones (regulación difícilmente compatible con lo previsto por el art. 60 ET).

Para terminar hay todo un conjunto de medidas a favor de la víctima, dirigidas a paliar su situación psicológica y de restitución en las condiciones de trabajo. Se regula la prohibición de represalias para los denunciantes o testigos; pero como contrapartida se prevén consecuencias disciplinarias para las denuncias falsas.

Quizás sólo echemos en falta de esta compleja regulación una cuestión: el establecimiento de medidas de prevención del riesgo psicosocial. Pero tal como hemos señalado, este es el gran olvidado de la regulación negocial del acoso.

En empresas de carácter privado podemos señalar los convenios de Crown Embalajes España, SLU[131], que dedican un Capítulo completo a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación y específicamente al acoso sexual. Tras la típica norma de consideraciones generales en que la empresa asume la necesidad de erradicar toda discriminación por razón de sexo, establece el concepto general de acoso sexual, distinguiendo a continuación entre el chantaje sexual y el acoso sexual ambiental. A continuación regula de manera detallada un procedimiento (diligencias previas) encaminadas a constatar la existencia de la situación de acoso denunciada (exigiéndose la absoluta confidencialidad), tras el cual se abre un procedimiento disciplinario si es que se constata la existencia del acoso. A estos efectos se va a considerar muy grave el acoso sexual, pero también tendrá consideración de falta grave o muy grave la denuncia falsa.

Menos desarrollado que el protocolo anterior es el acuerdo adoptado en la Disp. Adic. 4ª del CC del Ayuntamiento de Aracena[132], donde no se regula el protocolo contra el acoso sexual, pero si se especifica el compromiso para elaborarlo y se establecen las medidas esenciales con las que ha de contar el mismo, pergeñándose de esta manera el futuro protocolo aplicable dentro de la empresa: regulación como falta muy grave, definición del mismo incluyendo el

[131] BOP Sevilla de 11 de diciembre de 2007 y 22 de diciembre de 2007.
[132] BOP Huelva de 25 de noviembre de 2008.

acoso sexual, regulación de un procedimiento especial para investigar este tipo de comportamientos.

De similar factura es el código de conducta en materia de acoso sexual previsto por la Disp. Adic. Primera del CC de Aquapark Internacional, SA[133], que es desarrollada en su Anexo II. Dicho protocolo comienza con el típico compromiso por parte de la empresa para evitar y resolver las situaciones de acoso, pasando inmediatamente a definir el acoso sexual y a señalar que tanto trabajadores como mandos intermedios están obligados a crear un ambiente de trabajo y un entorno laboral que respete la dignidad de todos los trabajadores. A partir de ahí se establece una limitada regulación sobre el procedimiento informativo a desarrollar en caso de acoso sexual (derecho del trabajador a denunciar, sujeto encargado de tramitarlo –elegido por el propio acosado–, intervención de la representación de los trabajadores), para terminar considerando los supuestos de acoso sexual como falta muy grave.

[133] BOP Málaga de 26 de junio de 2008.

CONTRATACIÓN TEMPORAL ESTRUCTURAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA*

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO **Palabras Clave: Negociación Colectiva, Contratos temporales**

La legislación laboral, a través de las técnicas propias de la delegación normativa y el establecimiento del carácter dispositivo de parte de la misma, habilita a la negociación colectiva para concretar el régimen jurídico y las condiciones de determinados contratos de trabajo. Muy especialmente, de dos de los denominados contratos temporales estructurales (eventual y por obra o servicio), sin duda, principales y destacados protagonistas de nuestro mercado de trabajo.

En las líneas que siguen se tratará pues de contrastar y determinar como los sujetos negociadores han aceptado y desarrollado este mandato en el ámbito de la comunidad autónoma de Andalucía y en qué grado resultan eficaces o eficientes dichas remisiones efectuadas por el legislador laboral. Lo que requiere, en primer lugar, delimitar la técnica de selección de los convenios colectivos a analizar; para, en segundo lugar, resaltar sus principales innovaciones y las posibles dificultades que puedan presentar.

ABASTRACT **Key Words: Colletive Bargaining, Fixed-term Contracts**

Labour legislation, through its own techniques of legal delegation and establishing its own deployment nature, authorises collective bargaining to specify the legal scheme and conditions of certain employment contracts. In particular, two of the so–called structural fixed–term contracts (temporary and service contracts) are undoubtedly the main protagonists of our labour market.

This work will therefore try to contrast and determine how negotiating agents have accepted and developed this mandate in the sphere of the Autonomous Community of Andalusia and to what degree these referrals made by the labour legislator are efficacious and efficient. This requires, in first place, to limit the selection technique of the collective agreements to be analysed; and, secondly, highlight the main innovations and possible difficulties they may present.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación de excelencia convocados por la Junta de Andalucía, nº 2008/33 sobre "Eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas" (SEJ 2007–65814) y "Estudio de las reformas estatutarias: los nuevos derechos estatutarios, estado social de las autonomías y financiación autonómica" integrado en el PAI SEJ–4078.

ÍNDICE

1. Nota introductoria y metodológica
2. Negociación colectiva y marco normativo de referencia
3. Algunos datos estadísticos sobre trascendencia y presencia de regulación en la negociación colectiva andaluza
4. El contenido de la negociación colectiva sectorial o de nivel superior al de empresa
   4.1. El contrato de obra o servicio determinado
   4.1.1. Concepto y papel reservado a la negociación colectiva
   4.1.2. Identificación y enumeración de trabajos y tareas con autonomía y sustantividad propia
   4.1.3. Contrato fijo de obra
   4.1.4. Otras menciones. En especial: las mejoras en materia de indemnización por extinción del contrato
   4.2. El contrato eventual por circunstancias de la producción
   4.2.1. Concepto y papel reservado a la negociación colectiva
   4.2.2. Tratamiento y ampliación de la duración máxima del contrato y del periodo de referencia
   4.2.3. Confusión y diferenciación de otras modalidades contractuales
   4.2.4. Establecimiento de reglas sobre su adecuada relación con el volumen de plantilla y criterios objetivos para la transformación en indefinidos
   4.2.5. Otras menciones de interés. En especial: las mejoras en materia de indemnización por extinción del contrato
   4.3. El contrato de sustitución e interinidad
   4.3.1. Concepto y régimen jurídico
   4.3.2. Principales contenidos de la negociación

1. NOTA INTRODUCTORIA Y METODOLÓGICA[1]

Las primeras líneas en un estudio de esta naturaleza deben servir para realizar una aproximación tanto al objeto sobre el que se cierne el análisis, como al método con el que se va a delimitar el material de referencia. En ese sentido, y pese al esfuerzo de síntesis que se representa siempre a través del título, cabe destacar que son varias e importantes las dificultades de partida que van a encontrarse en este caso, toda vez que tanto la amplitud de los conceptos base como de las diversas clases de relaciones entre los mismos –de todo tipo además: propias de la sucesión temporal de las normas, por razón del distinto ámbito funcional de los convenios, de la distribución o estructura de la nego-

[1] Desde un punto de vista metodológico y, sobre todo, por razón de la extensión material del trabajo, se va a optar por evitar la reproducción literal de la denominación de los convenios colectivos, así como los datos relativos a su publicación oficial, salvo que se considere indispensable para su identificación. Y ello, por cuanto que la totalidad de los textos, así como su ficha técnica, está disponible en la base de datos sita en

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/historico/lstContenidos.asp

ciación colectiva, de la misma diversidad de modalidades contractuales e, incluso, de jerarquía normativa–, va a hacer que se hayan de barajar realmente escenarios muy distintos entre sí. Algo que puede llegar a provocar una cierta confusión y hacer perder, por tanto, parte de virtualidad a las conclusiones que puedan alcanzarse. De ahí que se haya de considerar trascendente comenzar por describir este escenario, aunque sea someramente, para que haya de servir como referente o constante.

Esa idea principal o de origen se podría definir como el intento de dibujar un mapa de situación, de efectos fundamentalmente descriptivos, más allá, pues, de otro tipo de análisis más valorativo –y con vistas, sobre todo, a su utilización como documento de trabajo–, acerca del tratamiento que la negociación colectiva andaluza dispone en relación a las principales formas de contratación temporal. Esto es, a las modalidades de duración temporal determinada conocidas como estructurales, más concretamente las que encuentran su regulación en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, en oposición a otras, de causa mixta o compleja, como es el caso de los contratos formativos, o de los denominados sin causa o netamente promocionales, que serían aquellos que encuentran su fundamentación última e inmediata en el fomento y/o la creación de empleo.

Los motivos de esta primera delimitación tienen mucho que ver, evidentemente, tanto con el peso indudable de estas formas y modalidades de contratación en el conjunto del mercado de trabajo –sea en términos de nivel de ocupación, o como índices que sirven para medir la cualidad y la calidad del empleo–, como con el papel que la autonomía colectiva está llamada a desarrollar en orden a concretar los siempre genéricos y abstractos postulados legales. De modo que puedan apreciarse las singulares condiciones que pueden caracterizar un determinado ámbito empresarial o sector funcional de producción.

No obstante lo anterior, y pese a que ello va a ayudar considerablemente a fijar las principales premisas de partida, todos los análisis sobre el contenido material de la negociación colectiva cuentan con riesgos añadidos. Y es que, en el momento de decidir el abordaje de los mismos surge siempre una disyuntiva en función del número de convenios a manejar y su distinto ámbito de aplicación. En cuanto al número, porque si resulta excesivamente elevado ello obliga finalmente a tener que realizar una especie de recuento y en todo caso un importante ejercicio de abstracción, con independencia de que se pueda intentar complementar esos dictados mediante el recurso a un número de ejemplos que se consideren particularmente significativos, por lo que no siempre se consigue vislumbrar cuál es en realidad la puesta en práctica final del modelo. Por el contrario, si el número de textos resulta demasiado reducido, sea por ausencia de acuerdos, sea por eliminación mediante su criba y selección, y por muy detallada que resulte entonces la descripción material, su virtualidad no dejará de

ser la de una mera reproducción y de ahí también que pueda resultar poco menos que innecesaria. Desde el punto de vista de la trascendencia subjetiva y el ámbito funcional de aplicación de los convenios, la resolución de las distintas opciones, también evidentemente imperativa, termina por reproducir casi idénticos riesgos que en el supuesto anterior. Es decir, los convenios de ámbito funcional superior, los denominados convenios sectoriales o de ámbito de aplicación mayor al de empresa, con indudable repercusión subjetiva y especialmente privilegiados, como se sabe, en orden a la implementación de los mandatos legales en materia de contratación temporal, encontrarán sin embargo una fuerte rémora a entrar en el detalle, precisamente, por la propia heterogeneidad del mapa empresarial al que han de extender sus efectos. Mientras que los convenios de ámbito inferior, por muy relevante que pueda ser una empresa, y más allá incluso del volumen de su plantilla, multiplica en exceso el número de textos de partida no dejando de representar una muestra muy puntual de la totalidad del cuadro.

Este grado de complejidad inicial se va a ver afectado, incrementado en realidad, por la confluencia de un tercer dato que, aunque incidentalmente, resulta de especial relevancia en una materia como la que ahora nos ocupa. Y es que, si el objetivo principal del estudio ha de ser el de reflejar el modo en que la negociación colectiva ha traducido realmente, dentro del marco competencial que define la norma legal, el escenario que justifica en última instancia el recurso a la contratación temporal en el seno de las empresas y los límites a los que finalmente queda sometida, qué suda cabe que todo cambio que afecte a esas reglas generales ha de tener importantes consecuencias. Y eso es, precisamente, lo que ha ocurrido con una de las últimas reformas laborales en materia contractual. La llevada a cabo por el RDL 5/2006, de 9 de junio (después Ley 43/2006, de 29 de diciembre), para la mejora del crecimiento y del empleo, con independencia ahora del juego de las reglas propias del derecho transitorio. Entre otras razones, porque algunas de las cuestiones capitales en esta materia, como es por ejemplo la relativa a la sucesión y el encadenamiento de contratos o las medidas sobre evitación del fraude de ley, constituyen una las principales motivaciones de la misma; por no mencionar otras, también de extraordinario relieve, como la reestructuración del propio abanico de modalidades vigentes tras la desaparición del contrato de inserción. De ahí que no pueda obviarse ni la existencia de la nueva norma, ni la práctica imposibilidad de acomodo que, con carácter previo, hayan podido establecer los convenios colectivos. Ni siquiera tras sus dos años largos de vigencia trascurridos, por la difícil inercia de inclusión en los procesos de negociación de nuevos temas, además del dato que representa la periodicidad o frecuencia media de repetición, en muchos casos superior a la anual.

Con esos condicionantes se comprenderá mejor que la opción elegida pase por confeccionar un escandallo de entre los convenios colectivos sectoriales

vigentes a una determinada fecha –concretamente, entre los textos publicados y registrados en el CARL hasta el 28 de febrero del año 2009–, siempre que dispongan de una regulación específica de la materia objeto de análisis y que ésta resulte, aunque mínimamente, relevante. Es decir, se seleccionarán textos que incluyan pronunciamientos materiales y que no sean exclusivamente reiterativos respecto del marco legal de referencia, con independencia de que también quepa extraer importantes conclusiones de ese grupo de textos semi–excluidos y que resulta mayoritario por lo demás –nótese que incluye tanto a los que no se pronuncian en modo alguno como a los que no aportan nada sustancial–, toda vez que pondrá de manifiesto la necesidad de una normativa base lo suficientemente explícita, si no quiere caerse en el riesgo de la falta de auténtica autoregulación.

Por supuesto, tanto en la selección y presentación de los convenios como en el análisis de sus cláusulas, habrá de tener su singular especificación la referencia al ámbito funcional, más que al sector o rama de actividad en el que se ha de encuadrar o la circunscripción territorial sobre la que extiende sus efectos. No sólo por la virtualidad que puede representar a estos efectos su ligazón con convenios o acuerdos a nivel nacional, incluida la justificación de su propia ausencia por razón precisamente de la implantación de los mismos, sino también, por la especial trascendencia de la delegación legislativa que se opera en los mismos. No comparable, menos todavía desde el punto de vista de su trascendencia subjetiva, con los convenios de empresa, de ahí que se hayan tomado en consideración la unanimidad de los primeros en todo caso.

2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

La referencia al marco normativo en el que se ha de desarrollar la negociación de las cláusulas sobre contratación temporal, sugiere traer a colación en realidad no una sino diversas cuestiones. Vaya por delante que se trata ahora de hacer un planteamiento mínimo y de tipo instrumental, sin ánimo pues de desarrollar ningún análisis jurídico–teórico, pero que ha de resultar de interés toda vez que esta fuente de regulación que constituye la autonomía colectiva, convertida de forma creciente y a veces hasta en exceso en la norma predeterminada para la regulación de determinadas materias laborales, se ha de desarrollar en el seno de un marco de referencia informado por principios y claves interpretativas que no siempre resultan del todo pacíficos.

En ese sentido, y partiendo de la premisa del carácter mínimo e imperativo que en general cabe predicar de la normativa vigente, tanto legal como reglamentaria, sobre todo en lo que respecta a la existencia o reconocimiento de un

derecho potencial de los diversos actores del sistema a concertar todas y cada una las modalidades existentes[2], pueden distinguirse no obstante diversas modalidades de concatenación o relación entre la norma legal y la convencional.

Así, en ocasiones, ese reparto funcional de roles responde al perfil más tradicional de todos, es decir, a la mejora directa por parte del convenio colectivo de una serie de mínimos que se encuentran establecidos por la norma legal. Es el caso del aumento de la cuantía de las indemnizaciones previstas para el momento de la extinción del contrato (art. 49.1 ET) o, incluso, el del reconocimiento de ese mismo derecho respecto de modalidades contractuales para las que no se encuentra legalmente prevista esa clase de compensación. Pero éste, que es un perfil incuestionable y puede decirse que el más habitual para cualquier tema que es objeto de desarrollo por la negociación colectiva, va a presentar una singularidad en materia de contratación temporal estructural. Y es que van a resultar extraordinariamente escasos los pronunciamientos que puedan calificarse como tales, no ya porque sea difícil mejorar los mínimos establecidos por la ley –en el sentido de que exista una considerable resistencia a su conquista y reconocimiento, vgr., por razones de coste económico–, ni siquiera porque se trate de una materia muy técnica en la que es complejo el juego de la suplementariedad de las fuentes, sino porque no siempre resulta tan claro en qué puede o en qué ha de consistir la mejora. Por supuesto que ello es factible en cuestiones que pudieran calificarse como colaterales, como ocurre en cierta medida con el citado ejemplo de la indemnización por finalización del contrato o, en general, respecto de las denominadas cláusulas de empleo –piénsese en la determinación de porcentajes de un número máximo/mínimo de determinadas modalidades en relación al volumen de plantilla, los compromisos de transformación en trabajadores fijos o las reglas de conversión automática–; también, cuando se amplían los derechos de formación y promoción profesional de los trabajadores temporales o cuando se mejoran los cauces del derecho de información a los representantes de los trabajadores. Pero, como se decía, ello no afecta en realidad al núcleo del régimen jurídico del contrato, mejor, a lo que hace realmente singular y explícita la necesidad de su reconocimiento como modalidad contractual: causa empresarial justificativa, duración, modo para proceder para su válida extinción, etc., entre otras razones porque en ese caso no siempre resultará reconocible qué régimen convencional

[2] Cabe recordar sobre este respecto las dificultades en orden a la prohibición o renuncia de utilización de determinados tipos o modalidades de contratación laboral, máxime para la negociación colectiva de ámbito sectorial. Con la excepción que a su vez representa la prohibición del recurso a las empresas de trabajo temporal, en especial, en el ámbito de las Administraciones Públicas. Gala Durán, C. y del Rey Guanter, S., Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal, RL, 1/2001, págs. 241-272.

puede considerarse suplementario y, por ende, mejor para el trabajador respecto del legalmente establecido.

Y ello, a pesar de que existe una tendencia bastante generalizada a evocar que toda restricción adicional, impeditiva de la contratación temporal, sea a sus causas, sea a sus otros requisitos configuradores como el de la duración máxima, supone en última instancia un incentivo más que directo a la contratación fija e indefinida, de ahí por tanto, la mejora. Sin embargo, cuando se revisan los espacios naturales del artículo 15.1 ET, como la especificación del tipo de obra o servicio determinado susceptible de tener sustantividad propia, la alteración de la duración temporal del contrato eventual o las posibilidades de concreción de los requisitos de la sustitución por interinidad, no parece que ello sea tan determinante. Pues, al fin y a la postre, la limitación de la potencialidad del supuesto de hecho habilitante lo que puede terminar provocando es una mayor rotación subjetiva para el desarrollo de la misma prestación o, directamente, una ausencia de contratación, lo que no significa ni mucho menos una mejora.

Otro tipo de relación, mucho más rica en matices así como en nivel de complejidad, es la que se establece cuando el articulado convencional ha de venir a complementar y determinar espacios que, pretendidamente y de forma más o menos amplia, quedan en la norma legal. Espacios que pueden representar un alto nivel de compromiso y responsabilidad jurídica, como ocurre –eso sí, con mayor intensidad antes de la última reforma que ahora– en materia de límites a la sucesión de contratos temporales. Como se sabe, y por imperativo del Derecho Comunitario, todos los Estados Miembros han de establecer, prescindiendo ahora de otros matices, un recurso normativo específico dirigido a evitar la concatenación y sucesión de contratos de duración temporal determinada. A tal fin, la cláusula quinta del Acuerdo incorporado en la Directiva 1999/70, de 28 de junio, señala hasta tres tipos de alternativas posibles, de las que ha de optarse al menos por una de ellas, concretamente: *a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales*.

Pues bien, en el caso de nuestro ordenamiento jurídico esa opción no terminó de especificarse de una forma directa, quedando prácticamente delegada la cuestión a lo que pudieran establecer *los convenios colectivos en orden a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal* (art. 15.5 ET, en su redacción por Ley 12/2001 y RDL 5/2002)[3].

[3] González del Rey Rodríguez, I., "Los contratos de trabajo de duración determinada (Dir. 99/70/CE)", en García Murcia, J., (coord) "La transposición del derecho social comunitario al derecho español", MTAS, Madrid, 2005, págs. 285 y ss.

Esos espacios que puede o que ha de cubrir la negociación colectiva, se decía, pueden resultar amplios y trascendentes pese a contar, lo que no deja de ser también toda una novedad y casi una excepción en el Derecho Individual del Trabajo, con un reglamento específico de desarrollo como es el RD 2720/1998, de 18 de diciembre. Sobre todo, por lo que se refiere a lo que se ha calificado antes como espacios naturales para la autonomía colectiva en este campo, esto es, la identificación de tareas y servicios determinados que puedan resultar de duración incierta en el seno de la actividad productiva, o el señalamiento de periodos de referencia y de duración máxima de los contratos que hayan de atender las eventualidades de la producción. Pues, sobre los mismos, poco se va a aportar por la norma reglamentaria que deja, ahí la peculiaridad, extraordinarias cuestiones abiertas o susceptibles de interpretación como tendrán ocasión de poner de manifiesto la redacción de los propios convenios.

La interconexión del convenio colectivo con la norma legal no es sin embargo exclusiva entre fuentes de distinta naturaleza y orden jerárquico, también se reproduce entre los productos de la propia autonomía colectiva. De una parte, porque el artículo 84 ET incorpora entre las materias excepcionadas de la concurrencia conflictiva y la prohibición de afectación entre convenios colectivos, precisamente, el régimen de adaptación al ámbito de la empresa en materia de modalidades de contratación. Lo que viene a suponer que los convenios sectoriales de ámbito inferior puedan irrumpir en ese espacio, incluso cuando existan prescripciones sobre el particular en convenios colectivos ya anteriores en el tiempo, ya incluso superiores en el ámbito funcional de aplicación.

Reparto de roles y ejemplo de articulación de los contenidos negociales que se va a plasmar de una manera efectiva en no pocos ámbitos sectoriales de la negociación, de los que resultarán paradigmáticos los de la industria de la madera y el corcho o el de la construcción, con especificidades materiales –eso sí de ámbito provincial más que de empresa, al contrario de lo que podría esperarse del dictado del art. 84 ET–, y que no vienen sino a poner de manifiesto que las posibilidades de concreción, a través de una regulación más detallada, nunca dejan de existir pese a la existencia de una normativa previa legal, reglamentaria y hasta convencional.

Otro apunte específico requiere también en esta sede el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva, en cuanto que instrumento de regulación convencional suscrito por los principales responsables del sistema de relaciones laborales y con el que también se pretende influir en el devenir de las distintas mesas de negociación.. Como se sabe, por razón en esencia de su periódica reiteración tanto en lo que respecta a su estructura interna como a su contenido, al menos parcialmente, los pronunciamientos de interés se han de localizar en los Capítulos III y V dedicados a la competitividad y el empleo y al empleo, la flexibilidad interna y la cualificación profesional, respectivamente. Con inde-

pendencia del conjunto de proclamas genéricas sobre la prevalencia de la contratación indefinida, el principio de adecuación entre el carácter temporal o permanente de la contratación y la necesidad coyuntural o estructural que esté llamada a atender en el seno del proceso productivo y la necesidad de reducir tanto las prácticas fraudulentas como la excesiva e injustificada concatenación de contratos temporales, lo cierto es que, específicamente, respecto de la contratación temporal estructural las diferentes versiones anuales van a aportar realmente poco.

Si se apura, se ha de estar incluso a versiones anteriores a la última versión acordada y prorrogada –no la de 2009, primer año tras una larga serie en el que no se suscribe, como bien se conoce– para encontrar mandatos algo concretos, en el sentido de indicación expresa sobre las materias que deben ordenarse o ser objeto de especial preocupación por parte de los sujetos negociadores a los que va destinado el ANC. Es el caso de la versión de 2003, en la que se recomienda a los distintos convenios a la hora de abordar los contratos de duración determinada, concretamente los de obra o servicio y eventual por circunstancias de la producción, que: 1) se asegure que se utilicen cuando existan las causas establecidas en la legislación laboral, pudiendo a tal efecto identificar los trabajos y actividades objeto de este tipo de contratación; y 2) que se establezca, cuando corresponda, criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación eventual por circunstancias de la producción y la plantilla total de la empresa. De ahí que no sea de extrañar, después, que sobre estos pivotes y no otros, como pudiera ser el establecimiento de reglas específicas contra la rotación subjetiva en los mismos puestos de trabajo, la concatenación de contratos, las cuestiones referidas a la información y difusión de vacantes, aspectos novedosos del contrato de interinidad o hasta el abordaje de una definición sobre el periodo de referencia en los contratos eventuales, respecto de los que difícilmente se encontrarán pronunciamientos en los textos de los convenios.

A modo de corolario, y utilizando como base el listado que incorpora el libro blanco de la calidad en el empleo de Andalucía[4], procedería indicar entonces los espacios en los que es posible y hasta esperada la intervención de la negociación colectiva en relación a la contratación temporal estructural, y ya porque tengan a alguna de estas modalidades como eje central de regulación, o bien porque quepa incluirlas en el más genérico bloque de la contratación temporal. En cualquier caso se ha de partir del dato de que se trata de un listado

[4] *Libro Blanco sobre la Calidad en el Empleo en Andalucía: Estabilidad y Salud Laboral*, AA.VV., Colección de Monografías de Temas Laborales, número 24, Sevilla, 2005, CARL–Mergablum.

meramente indicativo, por cuanto que no es dable esperar que la legislación prevea de manera expresa todas y cada una de las posibilidades de irrupción de la negociación colectiva, ni en ésta ni en casi ninguna materia laboral, por cuanto que el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva conlleva precisamente el poder de regular todo aquello que no esté expresamente prohibido, o lo que es lo mismo, siempre que no resulte contrario ni a la Ley ni al orden público, sin necesidad de delegación expresa al respecto. Asimismo, y a los exclusivos efectos de evitar que el verbo pueda resultar en exceso farragoso, se ha de aclarar que se utilizan a modo de pares las referencias a la negociación colectiva, a la autonomía colectiva y al convenio colectivo, eso sí, siempre en cuanto que manifestaciones estatutarias (*ex* ET) y con independencia del nivel o ámbito sectorial o territorial de aplicación, salvo que expresamente se indique. Los referidos espacios serían los siguientes:

- Identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa –actividad laboral en términos jurisprudenciales– que puedan cubrirse contratos de obra o servicio determinado.
- Determinación del periodo de referencia en el que se puede desarrollar el contrato eventual por circunstancias de la producción. La duración legal, de 12 meses, tiene carácter dispositivo para la negociación colectiva sectorial en atención al carácter estacional en que dichas circunstancias se puedan producir, sin que en ningún caso pueda superarse el máximo de 18 meses.
- Posibilidad de alteración de la duración del contrato eventual. De nuevo, la regulación legal, que prevé un máximo de 6 meses para este tipo de relación contractual, tiene el carácter de regla dispositiva para la negociación sectorial estatal o de ámbito inferior, pero siempre sectorial, pudiendo fijarse otra duración máxima que queda condicionada, a modo de tope, con el parámetro alternativo de: las tres cuartas partes del periodo de referencia o doce meses en todo caso.
- Identificación de las actividades –hay que suponer laboral y en el seno de las empresas, que no económica–, en las que pueden contratarse trabajadores eventuales.
- Fijación de criterios de adecuación entre el volumen de contratos de modalidad eventual y el total de la plantilla de la empresa. En realidad, esta correlación puede establecerse, y de hecho se hace, en relación con cualquier otra modalidad o con el conjunto de ellas.
- Establecimiento de requisitos dirigidos a prevenir prácticas abusivas en la sucesión y concatenación de contratos temporales. Especialmente, y tras la instauración del RDL 5/2006, en aras a evitar la rota-

ción subjetiva de trabajadores que hayan de desempeñar un mismo puesto de trabajo y que resulten, por ello, excluidos de la conversión ex lege en trabajadores fijos.

- Concreción del significado del principio de proporcionalidad, en función del tiempo trabajado, de la identidad de condiciones de trabajo entre trabajadores temporales y por tiempo indefinido.
- Determinación de los cauces de transmisión de la información a los trabajadores temporales sobre la existencia de vacantes, en especial, de puestos de trabajo permanentes de la empresa.
- Establecimiento de criterios objetivos y compromisos de conversión y transformación de contratos temporales en indefinidos.
- Determinación de requisitos para la conversión de trabajadores con contratos temporales en trabajadores con contratos indefinidos.

3. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS SOBRE TRASCENDENCIA Y PRESENCIA DE REGULACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

Al objeto de mostrar tanto el peso específico y la localización de este tipo de modalidades de contratación en los distintos convenios colectivos, que no todavía su tratamiento, es siempre de interés el seguimiento de las series principales de datos estadísticos. En ese sentido, y partiendo de los presupuestos que representan datos consolidados como el de la ubicación de las bolsas de contratación temporal, así como el respectivo peso de los diferentes sectores productivos en los que aquellas se concentran, cabría señalar al sector primario por antonomasia, así como la Construcción y la Hostelería, como ejes básicos para localizar la contratación temporal, sin olvidar tampoco sectores como el de los trabajos desarrollados en el ámbito del hogar familiar y el Comercio o la propia Administración Pública[5].

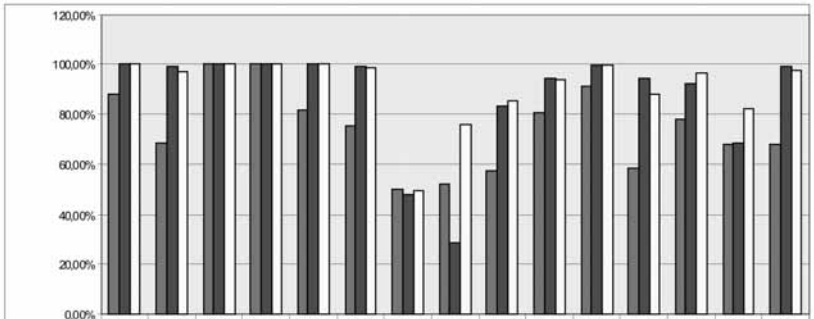
Un ítem a considerar con mayor concreción sería el del peso global en la negociación colectiva andaluza de esta materia, tanto en relación con el total de trabajadores afectos que no encuentran regulación específica en los convenios que regulan su relación laboral, como con lo que se desprende del marco general que representa la totalidad del mercado de trabajo nacional. Comenzando por este segundo plano, cabe decir que el porcentaje de convenios que abordan estas cuestiones de la contratación temporal en el total del Estado, se

[5] Véanse en ese sentido los informes trimestrales que periódicamente publican en esta misma Revista los Prof. Santos Ruesga, Martín Navarro, Resa Nestares y Pérez Ortiz.

viene incrementando de manera creciente en los últimos años, al igual que sucede con el porcentaje –y el número– de trabajadores, al alcanzar prácticamente a cuatro de cada cinco[6].

En cuanto a los datos andaluces más recientes, siempre referidos aun a la totalidad de las modalidades contractuales de carácter temporal y que se corresponden a la pasada anualidad de 2008, los registros oficiales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, muestran que se superan ligeramente esos guarismos permitiendo que se alcancen porcentajes de afectación cercanos a la unanimidad[7]. También, y desde este mismo punto de vista general, puede afirmarse que se trata de un tipo de regulación más habitual entre los convenios de mayor ámbito funcional, que en los que nivel igual o inferior a la empresa, lo que ayuda a explicar el alto nivel de afectación subjetiva que presentan. Por sectores productivos o tipos de actividad económica desarrollados por las empresas en las que resultan de aplicación este tipo de cláusulas convencionales, la distribución arroja datos muy semejantes, sobre todo entre los convenios de mayor ámbito de aplicación y con un peso específico en el conjunto del sistema productivo andaluz, siendo difícil destacar realmente alguno.

Gráfico 1. Porcentaje de convenios y modalidades contractuales. Porcentaje de afectación por actividades económicas en Convenios Colectivos Vigentes



	Agricult.	Cemento	Sidero	Constru.	Hosteler.	Limpieza	Saneam	Administ	Madera	Alment.	Comerci.	Transpr.	Sanidad	Otros	Total
CONVENIOS	88,24%	68,42%	100,00%	100,00%	81,82%	75,00%	50,00%	52,21%	57,14%	80,30%	91,23%	58,14%	77,78%	67,87%	68,04%
EMPRESAS	100,00%	99,31%	100,00%	100,00%	99,99%	99,24%	47,87%	28,50%	83,30%	94,79%	99,88%	94,88%	92,32%	68,63%	99,01%
TRABAJADORES	99,99%	97,11%	100,00%	100,00%	99,96%	98,86%	49,63%	75,82%	85,57%	94,18%	99,80%	88,00%	96,83%	82,57%	97,57%

Base de datos: 848 convenios vigentes (176 sector, 672 empresa)

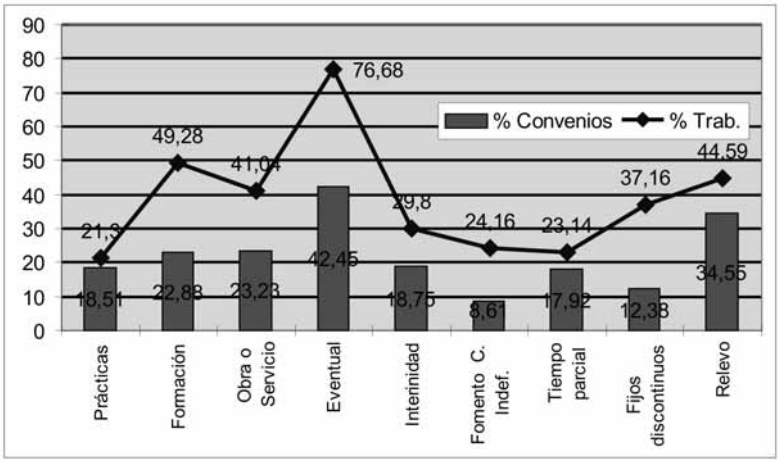
[6] Según los últimos datos publicados en la web de la comisión consultiva nacional, dependiente del Ministerio del ramo. Vid. Boletín 13/2009 del Observatorio sobre Negociación Colectiva.

[7] Concretamente, del 97.57% de los trabajadores, al estar presentes estas cláusulas en el 89,20 % de los convenios sectoriales. Base de datos: 848 convenios vigentes (176 sector, 672 empresa)

Todas las series expuestas están referidas a la totalidad de la contratación temporal. Sin embargo, y tal como se ha venido delimitando el objeto, corresponde centrarse específicamente en las modalidades estructurales, esto es, sin la suma de los contratos formativos y de otras categorías anexas, y tanto en su conjunto como aisladamente en cada una de las unidades que las conforman. De hecho, el mayor interés cualitativo y cuantitativo que corresponde a este grupo lo refleja también el cuadro de datos generales, del que se extrae que éstas aparecen recogidas, al menos mencionadas, en 447 de los 848 convenios colectivos vigentes; lo que supone el 52,71% del total; algo más incluso, si sólo se computan los negociados en la última anualidad.

La desagregación de los datos según la modalidad contractual en la que se encuadran los contratos, confirma también que la modalidad con mayor nivel de frecuencia y peso específico en los textos negociados es, como se podría prever por ser la más utilizada en la formalización de la relación laboral, el contrato eventual, seguida no sólo del de obra o servicio determinado, sino también de algunas modalidades formativas y la excepción del contrato de relevo.

Gráfico 2. Porcentaje de convenios y porcentaje de trabajadores cubiertos por aquellos por modalidad contractual abordada



Elaboración propia a partir de los datos obrantes en el CARL (848 convenios: 176 sector, 672 empresa)

Conforme siempre a la misma fuente de datos estadísticos, cabe resumir que la presencia mayoritaria de estos pronunciamientos por actividad económica, muestra que el grado de afectación en el caso del contrato de obra se localiza fundamentalmente en Siderometalúrgica, Construcción, Madera, Cemento o Sanidad, frente al escaso interés en otros sectores como Saneamiento, Agricultura o Administración Pública. En el caso del contrato eventual se aprecia una distribución no siempre coincidente, aun cuando sectores como Comercio, Derivados del Cemento, Hostelería y Siderometalúrgica despuntan entre los demás. Ahora bien, si el dato a reseñar es la trascendencia subjetiva o personal total de este tipo de cláusulas, por el porcentaje de afectación que alcanzan, adquieren notable importancia también en actividades como Sanidad, Limpieza, Madera y Alimentación, además de Construcción y Agricultura. Por último, y respecto del contrato de interinidad, la distribución de las menciones convencionales agrupadas por ramas de actividad refleja que este tipo de cláusulas suelen aparecer con mayor frecuencia en los convenios de Hostelería, Limpieza y Sanidad. Por el contrario, es escasa su regulación entre sectores tan llamativos por la tradicional atención que muestran a otras modalidades estructurales como Siderometalúrgica o Construcción. Los resultados son distintos en lo que se refiere a su impacto personal. Desde esta perspectiva se aprecia con la importancia no sólo en los ya comentados de Hostelería y Limpieza, también en otros como Alimentación, Administración, Saneamiento, Sanidad o Cemento.

4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SECTORIAL O DE NIVEL SUPERIOR AL DE EMPRESA

4.1. El contrato de obra o servicio determinado

4.1.1. *Concepto y papel reservado a la negociación colectiva*

La primera de las modalidades que regula el art.15.1 del ET y que justifican la posibilidad de una contratación laboral de duración temporal determinada por parte de una empresa es la que encuentra su causa en *la realización de una obra o servicio determinados*. Una obra que ha de contar, eso sí, *con autonomía y sustantividad propia* dentro del conjunto de la actividad que desarrolle*, y siempre que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta*.

Con independencia de que la literalidad del precepto sugiere no pocas dudas interpretativas, desde la propia noción de obra o servicio, por ausencia de una definición técnica de referencia sobre todo, a la necesidad de que su ejecu-

ción sea de duración incierta (¿en todo caso? cabría preguntarse), lo cierto es que estamos ante un prototipo de concepto jurídicamente indeterminado. No obstante ello, y precisamente para ayudar a su delimitación, se va a encontrar en el mismo art. 15.1 ET una adición que va a resultar extraordinariamente trascendente. Y es que se encomienda a la negociación colectiva, en principio a los convenios colectivos sectoriales estatales, pero también a la de ámbito inferior –incluidos (sic) los convenios de empresa–, *la función de enumerar o identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esa naturaleza*. Lo que viene a significar lo siguiente. Primero, que es posible que la obra o servicios determinados encomendados a la empresa y que justifica la contratación temporal forme parte de lo que es la actividad normal de la misma. Se pone fin de ese modo a la polémica existente acerca de si ese cometido empresarial específico habría de conformar una especie de parte excepcional del ciclo productivo o si también cabía su inclusión como tal si la obra o el servicio resultaba incardinable dentro de la actividad habitual y ordinaria del proceso productivo. Y, segundo, que se trata de un ejercicio o técnica de delegación normativa específica. Es decir, se dispositiviza la regulación legislativa de la materia pero, en principio y exclusivamente, en favor de la negociación colectiva. Delegación que no alcanza a otras instancias y que, aunque limitada también materialmente pues no puede llegar a transformar la institución, sí la va a privilegiar enormemente. Pues como llega a aclarar la incorporación que efectúa del art.2.2 RD 2720/1998: *cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación haya identificado los trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con esta modalidad contractual, se estará a lo establecido en el mismo a efectos de su utilización*. A lo que cabe añadir, que habrá que estar en ese caso a lo que establezca el convenio colectivo tanto en un sentido positivo como negativo, es decir, tanto a la determinación de qué trabajos tienen tal condición como a cuáles no, al menos, siempre que medie un pronunciamiento expreso.

Partiendo de lo anterior es claro que la identificación del objeto de la obra constituye así la aportación cualitativamente más trascendente de la negociación colectiva en torno a esta materia, aunque no la única, por lo que habrá que comenzar y centrarse en la misma.

4.1.2. ***Identificación y enumeración de trabajos y tareas con autonomía y sustantividad propia***

Los últimos datos estadísticos disponibles a nivel andaluz muestran que un total de 90 convenios colectivos vigentes, 34 de ellos de ámbito sectorial, abordan la tarea de identificar o establecer criterios que individualizan el tipo

de obra o servicio que puede considerarse con autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de los distintos tipos de empresas. Con independencia del juicio de valor que pudieran merecen cifras como las descritas, en relación sobre todo con la trascendencia que desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la consiguiente limitación de las prácticas abusivas que cabe predicar de la potestad encomendada a la negociación colectiva, corresponde ahora describir y analizar el modo en que se articulan este tipo de contenidos. A tal efecto puede distinguirse de entrada la confluencia de varios modelos, caracterizados algunos por su adscripción a un sector de actividad concreto; otros, por su referencia a la negociación estatal y, los más, en general, por la coincidencia en la forma de identificación del tipo de trabajo legitimador.

Un primer modelo a destacar es el que se localiza entre los convenios del sector de la Madera y del Corcho, y no ya por la originalidad de su contenido material, sino porque va a poner de manifiesto una cierta disparidad a nivel territorial. Así, basta comparar los convenios correspondientes a las provincias de Almería (2008), Cádiz (2008) y Jaén (2007), con el de Córdoba (2008), para notar esas diferencias. Empezando por este último, y con independencia de que su análisis se posponga por motivos que resultarán evidentes, hay que decir que su redacción va a trasladar casi miméticamente el modelo establecido por los convenios propios del sector de la construcción, calificando expresamente eso sí, como de obra o servicio determinado, lo que en éstos representa la conocida submodalidad de contrato fijo de obra. A diferencia de lo que acontece en los otros textos provinciales, en los que se puede encontrar una regulación diferente, más original por ello desde ese punto de vista y acorde además con la establecida en el texto estatal que les sirve de expresa referencia.

Por lo que se refiere al modo en que se individualizan las tareas en este sector productivo, los Convenios de Almería, Cádiz y Jaén, reproducen el modelo previsto en el III Convenio Estatal (2007-2011), cuyo art. 30 establece que:

De acuerdo con las competencias atribuidas por la Ley 1/1995, texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 15.1.a), las partes firmantes del presente Convenio convienen en identificar determinados trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de las actividades de las empresas del sector, definidas como tales en el artículo 11 del presente texto normativo.

En consecuencia, sólo se podrán realizar contratos al amparo del artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, es decir para obra o servicio determinados, para las siguientes actividades:

a) Trabajos de reparación de las instalaciones.

b) Para la realización de una obra o servicio determinado, con sustantividad propia fuera de las instalaciones de la empresa, aún tratándose de la actividad normal de la misma incluyéndose las labores en la propia empresa, inherentes a la preparación de las mismas.

c) Trabajos de rematantes, aserradores e industrias de la madera auxiliares de actividades agrarias, tales como envases y palets para productos hortofrutícolas aun tratándose de las actividades normales de la empresa.

Redacción de la que pueden destacarse varios aspectos. En primer lugar, que el ejercicio de la opción parece haberse hecho con todas las consecuencias dirimentes previstas en el texto legal. Es decir, una vez que se ha decidido abordar la identificación de las tareas que legitiman el uso de la modalidad, se hace a todos los efectos, tanto positivos, como negativos, evitando la posibilidad de la misma más allá de esos supuestos concretos.

La determinación anterior queda sin embargo algo diluida si contrasta con la amplia definición de algunos de los supuestos que se prevén. Así, tanto la mención a las tareas de reparación, voz tan amplia que parece englobar las propias de mantenimiento, como la referencia al hecho locativo –que se trate de tareas a ejecutar fuera de la empresa, aunque tengan que prepararse dentro–, son sin duda fórmulas que determinan algo el objeto de los contratos pero no tanto como a buen seguro podría demandarse. Algo que realiza con mayor profusión el tercero de los supuestos, en el que se mezclan faenas propias de determinadas categorías con el de algunas empresas especializadas, y en las que la coyunturalidad de la demanda –algo que evoca más al contrato eventual que al de obra– terminan por justificar el recurso a esta modalidad contractual.

Un modelo diferente en su configuración, pero también muy completo a los efectos que ahora se destacan, puede apreciarse entre los convenios pertenecientes al ramo del comercio que es otro sector clave, como se ha visto, en materia de contratación temporal. El ejemplo lo muestran preceptos como el del art. 15 del CC del Comercio de la provincia de Huelva (2007-2009), y en parte, porque diferirá en ciertos detalles, el también art. 15 del CC del Comercio de la Alimentación (2007-2009) de la misma unidad territorial. Dice el primero de los citados que:

A los efectos de lo previsto en el artículo 15.1. a) del Estatuto de los Trabajadores aprobado por R.D. 1/1995, además de los contenidos generales, se identifican como trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de la empresa del sector, que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, el [los] siguientes.

- *Las campañas específicas que se detallan a continuación: En zonas declaradas turísticas, se podrá utilizar en época de verano.*
- *La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento. Los casos de creación o ampliación de establecimientos comerciales, tendrán que estar necesariamente ligados a inversiones económicas cuantificadas, y siempre serán generadores de creación de empleo.*

La utilización de esta modalidad contractual de obra o servicio para cualquiera de las tareas aquí descritas, todas ellas en principio de duración incierta, pero que estime

puedan ser superiores a un año requerirá la utilización del documento de contrato que al efecto emita la Comisión Mixta del presente Convenio, y la comunicación a la misma de la finalización del contrato, en su caso. La utilización de este modelo oficial y el conocimiento de la contratación efectuada por la Comisión Mixta será requisito indispensable para el reconocimiento de la validez temporal del mismo.

La duración máxima de estos contratos será de dos años. Las empresas que hagan uso de esta modalidad contractual, tendrán que transformar como mínimo el 50% de dichos contratos en indefinidos al término del segundo año desde la apertura o ampliación del centro efectuada.

Como puede observarse *prima facie* este modelo de cláusula presenta varios elementos singulares: nuevas obligaciones para las partes del contrato, específicamente para el empresario; un excepcional sistema de control autónomo (¿de eficacia?) sobre algunos tipos de contratos; así como un listado cuando menos sugerente acerca de las distintas causas legitimadoras.

Comenzando por esto último, y haciendo notar de entrada que no se deja del todo claro si el modelo que se diseña en cuanto al listado de tareas es el propio de un *numerus clausus,* o el de una lista meramente ejemplificativa –nótese como al comienzo del precepto se hace una referencia a los contenidos generales del art. 15 ET, así como el uso del potencial "pueden cubrirse" en referencia al modelo de contrato, pero que también cabe extender al tipo de necesidad–, parece claro que el tipo de trabajos que habilitan la celebración de esta modalidad contractual no es precisamente la que cabría esperar, a poco se conozca la funcionalidad y la evolución del marco normativo.

Y es que referencias tan abiertas como la que se desliza respecto de las zonas turísticas, que es cierto que encuentran su acomodo normativo en ámbitos como el de las jornadas especiales de trabajo –arts. 6 y 7 RD 1561/1995, de 21 de septiembre–, no parece que puedan servir de título para confundir la identificación de tareas o trabajos singulares con prácticamente cualquier necesidad de contratación. Y lo mismo cabe decir de la mención a la consolidación, la apertura o la ampliación de establecimientos o centros de trabajo, por mucho que se quiera ligar con requisitos como el de inversión neta o de aumento del empleo, pues ello no deja de ser –y sin eufemismos– sino pretender resucitar antiguas modalidades normativas, expresamente derogadas, como la que representó en su momento el contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad. De fondo, lo que cabría preguntarse es hasta dónde llega realmente la habilitación o delegación normativa del art. 15.1 ET en favor de la negociación colectiva, pero eso, con mucho, excede lo que ahora se pretende.

Las otras cuestiones incorporadas a la cláusula resultan aun más novedosas. Una de ellas es formal, y obliga no sólo al uso de un formulario escrito determinado –algo que parece permitir tanto el art. 8 ET como el art. 6 RD 2720/1998–, sino a una doble comunicación –al servicio público de empleo y a

la comisión mixta del convenio–, del momento inicio y del final de la relación, siempre que "se estime" que su duración pueda ser superior a un año. Más allá de las incertidumbres que puede provocar el uso de ciertos términos técnicos, esta nueva obligación va a servir también de instrumento para que se le pueda reconocer –nada más y nada menos– que validez temporal al contrato, debiendo presumirse celebrado por tiempo indefinido en caso contrario.

Una última mención a resaltar, pese a que resulte algo confusa pues queda referida sólo a los casos de ampliación o apertura de centros comerciales, es la que incluye como tope máximo de duración para estos contratos el de dos años. Debiendo convertirse en fijos o indefinidos, al menos, el 50% de los que se celebren una vez llegado ese término. Mención ésta que se reproduce, por otra parte, en el otro convenio sectorial del comercio onubense ya referido, y en el que se incorpora como salvedad la posibilidad de que también sirvan como título habilitante a estos efectos: *las campañas específicas aquí citadas: productos andaluces o cualquier otro producto agroalimentario*; así como *la época de verano* en zonas también declaradas turísticas.

Dentro aún de este mismo subtipo ha de catalogarse también casos como el que representa el CC para el Comercio en General de Málaga (2007–2009), más semejante a la pauta marcada por el estatal de Grandes Almacenes, de ahí que también le resulten aplicables sus máximas. Se trata, ciertamente, de un texto con un contenido algo más aligerado –no hay mención alguna a las competencias fiscalizadoras de la comisión paritaria sobre la validez temporal del contrato–, pero que va a incluir no obstante entre las tareas con sustantividad y autonomía propias algún tipo de causa que, a tenor de lo que viene siendo criterio jurisprudencial estable, parece que ha de configurar el objeto de un contrato de fijo–discontinuo que no de obra o servicio determinado, por su carácter cíclico o regular. Del mismo modo se ha de llamar la atención sobre la limitación temporal que representa el sometimiento a un término máximo, pues como también viene establecido por la jurisprudencia, precisamente ese es un criterio que sirve para delimitar la modalidad eventual de la de obra o servicio determinado, por ende, también la naturaleza de sus causas justificativas. Y es que el listado del art. 36 va a identificar las siguientes:

a) Campañas específicas, ventas especiales, rebajas, aniversarios y otras tareas comerciales que presenten perfiles propios y diferenciados del resto de la actividad.

b) Apertura de nuevos centros de trabajo y la consolidación comercial en los casos de creación, ampliación o reestructuración de un establecimiento.

La utilización de la modalidad contractual de obra y servicio para cualquiera de las tareas aquí descritas, todas ellas en principio de duración incierta, no podrá superar en ningún caso un periodo superior a los 2 años, de duración inicial o acumulada.

Con notas que pueden calificarse de influencias materiales de estos dos primeros grandes modelos –a retener, uno ubicado en el seno del sector industrial, el otro en el de servicios–, además de las que puedan encontrar su origen en ámbitos más remotos, pueden identificarse supuestos que resultan cuando menos llamativos pues parece que importan definiciones y categorías extrañas sin reparar en su total adecuación. Es el caso del CC provincial de Córdoba para el Sector de las Industrias del Aceite y sus Derivados (2007–2009), cuyo art. 17.3.1 llega a incluir la instalación de proyectos informáticos en la relación de tareas que justifican la celebración del contrato de obra o servicios determinados, junto a otros como: *Montaje de instalaciones y su mantenimiento durante el tiempo que dure el período de garantía; promoción de producto; labores de merchandising y realización de Pack promociones cruzadas*.

Un tercer grupo de cláusulas, menos influyentes o decisivas en cuanto que aparecen de un modo aislado y sin que sus contenidos parezcan reproducirse en otros ámbitos funcionales o territoriales, es la que incorporan textos como el del CC de la Vid de la provincia de Cádiz (2007–2010). Sin perjuicio de que contenga detalles de regulación a resaltar como la subordinación de esta modalidad a la eventual por circunstancias de la producción, el carácter manifiestamente discutible de buena parte del listado de tareas y trabajos que han de servir de causal a la contratación –declarado expresamente ejemplificativo– e, incluso, la fijación de un curioso tope en relación al volumen de plantilla, algo en principio no muy apropiado para esta modalidad, pero a resaltar por la singular forma de sanción por incumplimiento. Concretamente, el art. 17 establece: *… se conviene la identificación de los siguientes trabajos temporales con sustantividad propia, dentro de la actividad del Sector, que se producen o bien por razones estacionales o bien por motivos ajenos a las empresas, pero que provocan una carga adicional de trabajo al habitual de la empresa:*

- *Preparación de la Campaña de Navidad*.
- *Exceso de actividad producido por una subida de los impuestos sobre el alcohol*
- *Faenas propias de Vendimia*
- *Descorche y Estuchado*.

… La identificación de los trabajos o tareas anteriores no puede entenderse como limitadora del uso de esta forma de contratación para su posible aplicación a otras labores que tuviesen la naturaleza específica de esta modalidad.

… Las empresas con más de quince trabajadores fijos a tiempo completo, no podrán contratar anualmente, bajo esta modalidad contractual de obra con sustantividad propia, un número de jornadas de trabajo superior al veinte por ciento de las teóricas correspondientes al personal fijo (1º de enero a 31º de diciembre). Las jornadas trabajadas que excedan del anterior porcentaje serán retribuidas con un incremento del 20 % sobre el salario de tabla.

Otro caso a resaltar, también en este grupo de modelos singulares, es el que representa el CC del sector de Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase de la provincia de Almería (2008–2009), pese a que aquí la influencia pasiva respecto de la experiencia de otros sectores, como el del comercio o el de la construcción, al menos en lo que a la fijación de una duración máxima tan dilatada, las referencias a cierto tipo de eventos como causas justificativas o incluso la definición de nuevas submodalidades de contratación, parece más evidentes. Y es que su art. 20, llega a indicar que son tareas que pueden ser cubiertas con esta modalidad –nótese que tampoco se llega a especificar si sólo éstas–, las siguientes:

c.1) Temporadas de congresos fiestas, ferias y exposiciones, promociones y ventas especiales de servicios y productos propios o de terceros.

c.2) A través de esta modalidad contractual, y aunque sea en un solo contrato de esta tipología, podrá emplearse a un trabajador para que realice uno o varios servicios detallados, en uno o varios establecimientos, siempre que estén ubicados en la misma ciudad y su duración no exceda de tres años[8].

Se trata, en suma, de una modalidad contractual cuya principal virtualidad, al margen de su configuración como de duración indefinida, descansa en la solución que articula respecto de una polémica jurisprudencial que viene siendo toda una constante en los últimos tiempos. Concretamente, la que se sostiene entre nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al concepto de subrogación empresarial *ex* art. 44 ET *versus* Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, pues opta por la solución menos controvertida, toda vez que siendo reflejo de una mejora convencional resulta en ese sentido incuestionable.

Una última fórmula a destacar es la que identifica genéricamente la contratación mercantil entre la empresa empleadora, cuando actúa como proveedora, y una tercera empresa, que sería cliente, en cuanto título legitimador para recurrir a esta modalidad temporal. Como se sabe, se trata en realidad del argumento justificativo por excelencia en esta materia, entre otras razones por razón

[8] Pero, sin duda, lo más peculiar de este convenio va a ser el híbrido que se crea entre el contrato de obra o servicio determinado cuando se prevé una más que posible larga duración y las típicas cláusulas de garantía o conservación del empleo en caso de subrogación empresarial. Modalidad a la que se denomina trabajador fijo de centro de trabajo, y que se caracteriza porque: *e.1) Es el contrato de trabajo de carácter indefinido que regula la relación de un trabajador y su empresa, cuyo centro de trabajo está sometido a un determinado periodo de concesión en su explotación*. Añadiéndose que: *en aquellos casos en que el centro de trabajo cambie de titularidad, manteniendo la actividad, el trabajador continuará prestando sus servicios para el nuevo empresario o concesionario, sucesor en la titularidad de la explotación en el mismo centro de trabajo, mediante la pertinente subrogación*.

del amplio predicamento con que cuenta en la jurisprudencia de nuestros Tribunales –el de la contratación externa que no el de la subvención o financiación finalista de partidas presupuestarias–, y quizás por ello no sorprenda tanto su ausencia material en el texto de un mayor número de convenios. Extremo éste que podría ser objeto sin embargo de cierta revisión, no ya en cuanto que mecanismo legitimador necesario, sino delimitador respecto de qué tipo o clase de contratación ha de considerarse con entidad suficiente a tal fin, pues la ausencia de pronunciamiento específico, ya se ha comentado, no termina de solventar todas las dudas. Entre los pocos ejemplos localizados, cabe destacar el del art. 14 del CC para Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas de la provincia de Granada (2007–2009), en el que se precisa que: *Igualmente de conformidad con lo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, tendrán el carácter de contratos por obra o servicio determinado, aquellos que se deriven de conciertos, contratos, convenios o campañas*.

Algo más explícito, aunque con la misma virtualidad de habilitar las contrataciones externas como vía casi exclusiva de legitimación para esta clase de contratos, es el modelo de Convenios del Sector de Derivados del Cemento, del que son una buena muestra cláusulas como las del art. 21 CC Granada (2006–2009) o 14 CC Córdoba (2007–2009), en las que se listan las siguientes:

a) Fabricación y suministro de hormigón a una obra determinada.
b) Los trabajos de mantenimiento, obras o averías estructurales, y por lo tanto, no habituales.
c) Aquél pedido o fabricación para el suministro de una obra suficientemente identificada e indeterminada en su finalización que, por sus características diferentes de los pedidos o fabricaciones habituales, suponga una alteración trascendente respecto al ritmo o programas normales de producción.

En este mismo contexto hay que destacar también, aunque más que por la forma de explicitar el tipo de obra o servicios por la llamada a la implicación de los convenios colectivos de ámbitos inferiores, el caso de la Industria Siderometalúrgica, en cuyos textos[9] se incluyen cláusulas como la del CC Provincial de Sevilla (2006–2008), en cuya virtud se establece:

[9] O el del CC Siderometalúrgico de Málaga (2008-2010), en el que con un mayor nivel de detalle que el anterior aunque sin presentarse con carácter excluyente en todo caso (art. 37) dice que: *Quedan comprendidos en el posible contrato por obra o servicio determinado los trabajos de zona, mantenimiento, instalación, etc., amparados por contratos celebrados con la Administración, compañías eléctricas, telefónica u otras empresas*.

11.3. Contrato de duración determinada. A efectos de lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, procederá la contratación por obra o servicio determinado cuando el objeto del contrato a establecer sea la realización de labores o tareas de mantenimiento o instalación, u otras identificables que hayan de desarrollarse a lo largo de una duración temporal cierta, en virtud de contrato mercantil para un tercero.

Las empresas metalúrgicas con convenio propio, que deseen acogerse a lo establecido en este apartado, deberán hacer una remisión expresa al mismo, dentro de su Convenio, o a través de su Comisión Paritaria y posterior publicación en el BOP.

Antes de concluir definitivamente este apartado, y tanto por su compleja calificación como por ser el único ejemplo localizado en el ámbito del sector agrario, habría de citar el texto del CC Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores (2007–2010) de la provincia de Almería, en el que cuando menos se va a poner de manifiesto la dificultad que existe a veces para trazar las diferencias entre las causas que justifican la contratación por una obra o servicio determinado, o por las propias circunstancias estacionales de la producción. Y es que su art. 20 precisa, con un nivel de detalle y de autojustificación algo sospechosa[10], y después de motivar su regulación en la ventaja que supone no cargar a las empresas con un número de fijos discontinuos a los que no se les puede garantizar la ocupación –al tiempo que se limita el número de temporales con esta modalidad al 50 % de la plantilla–, que:

A efectos de lo prevenido en este artículo, se denomina como campaña hortofrutícola a la actividad comercializadora de temporada que se desarrolla en las empresas del sector, y que abarca múltiples productos. Generalmente y dependiendo de las zonas de la provincia, esta campaña se inicia en

[10] Decir por otra parte que los ejemplos que suministran otros sectores, como el del transporte de viajeros, tampoco es que sean del todo ortodoxos. De ahí que su cita sólo se efectúe a efectos de confrontación. Concretamente, los más llamativos, los casos de los CC de Sevilla (2008–2009) y Cádiz (2008–2009), en los que se lee, respectivamente:

… Los contratos de los trabajadores acogidos a contratación eventual, y/o, por obra o servicio determinado, podrán hacerse extensivos hasta 12 meses de vigencia, dentro de los 18 meses contados a partir del momento en que se produzcan las causas de que traigan su origen, sin que por ello pierdan el carácter que les es propio, ni generen derechos al contratado distintos a los establecidos para esta clase de contratos en la legislación laboral aplicable (art. 35).

… Igualmente las partes, de conformidad con la última parte de la letra a) del artículo 15 ET, acuerdan que los trabajadores adscritos a los contratos por obra o servicio determinado podrán realizar servicios distintos, sin que por ello se desvirtúe la naturaleza temporal del contrato, ni suponga una utilización fraudulenta del mismo (art. 11.4).

Septiembre/Octubre de cada año y finaliza en Junio/Julio del siguiente, registrándose una menor actividad tanto al principio como al final de la misma, y con un importante descenso también en el centro (Marzo/Abril).

Todo ello depende mucho de las condiciones climatológicas, que pueden cambiar cada año. No obstante esto, también es notorio que existen dos subcampañas dentro de la campaña, con una predominancia de unos productos sobre otros:

- *Campaña otoño/invierno: calabacín, pepino, tomate, berenjena, pimiento.*
- *Campaña primavera, con predominancia de melón y sandía sobre el resto de los productos.*

Cada una de estas subcampañas posee autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, y tiene una duración incierta; aunque debido a la programación de cultivos y a la necesidad de que no se interrumpa el proceso productivo, pueden sucederse en el tiempo sin solución de continuidad.

Por ello, las partes acuerdan que puedan realizarse contratos de obra o servicio determinado para la realización de las tareas propias de cada una de estas subcampañas.

4.1.3. ***Contrato fijo de obra***

Mención específica en este apartado merece sin duda una figura como la del denominado contrato fijo de obra. Modalidad contractual estructural por razón de las necesidades productivas que atiende, claramente temporal a pesar de su denominación por estar sometida a término en última instancia, y extraordinariamente sugerente a la vez que controvertida desde todo punto de vista, si bien hay que decir que en los últimos tiempos resulta ya una creación plenamente aceptada y asentada. Y es que se trata de una modalidad contractual atípica desde el punto de vista legal, hasta tiempos tan recientes como el que representa la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, que lo menciona más que regula, creada en su momento *ex novo* por parte de la negociación colectiva sectorial. Con lo que ello representa desde la perspectiva de los límites de la autonomía colectiva en el abordaje de aspectos tan sensibles como el de la creación de nuevas modalidades contractuales temporales, por cuanto que ello supone a su vez y de modo inevitable el establecimiento de nuevas causas justificativas para legitimar no sólo el origen, sino también el fin y la extinción de la relación.

La trascendencia de la figura ha sido de tal magnitud que nacida exclusivamente para el ámbito funcional de la Construcción, está paulatinamente traspasando estas fronteras y empieza a ser de general acogida, tal como se tuvo

ocasión de comprobar en las primeras referencias que se hicieron a la negociación colectiva en el sector de la Industria de la Madera y el Corcho o, también, en el de Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase en la provincia de Almería. Por ello, y antes de mostrar la extensión y el contenido concreto de esta regulación convencional, quizás fuera de interés resaltar que pese a las referencias legales, incluso jurisprudenciales, sobre la aceptación u homologación de la figura ello se ha realizado tan sólo para el ámbito sectorial concreto de la construcción, por lo que los reparos previos y genéricos a la figura sigan siendo extensibles a esos otros ámbitos negociales.

Basta para comprobar esto último con repasar no sólo los fundamentos 6º y 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005, sino el tenor de la Disposición Adicional 3ª de la citada Ley 32/2006[11], en la que se establece que: *Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación*. Con independencia además de que esta habilitación sirva no sólo para disipar las dudas de legalidad que pudieran plantearse desde la perspectiva de la necesaria delimitación y especificación de la obra o servicio determinado –art.2.2 RD 2720/1998–, sino también para evitar la aplicabilidad de la nueva regla limitativa de la sucesión y el encadenamiento contractual, *ex* art. 15.5 ET, al poder entenderse que se suscribe un único contrato en todo caso y no uno cada vez que se renueve el compromiso para cada nueva obra.

Entrando ya en el contenido de la regulación, y toda vez que se ha de partir del conocimiento generalizado acerca de su fuente matriz –que no es otra que la del Convenio General de la Construcción en sus sucesivas ediciones, y la propia Ordenanza de Trabajo de 1970 si se quiere su origen remoto–, la cláusula tipo establece lo siguiente:

1. Según lo previsto en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores este contrato tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados, y se formalizará siempre por escrito.

[11] Un análisis en extenso de la norma, en Calvo Gallego, F.J, "La nueva Ley sobre Subcontratación en el Sector de la Construcción", Temas Laborales, 86/2007, y "El desarrollo reglamentario y convencional de la Ley de la Subcontratación en el sector de la Construcción", Temas Laborales, 93/2008.

2. Con carácter general el contrato es para una sola obra, con independencia de su duración y terminará cuando finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra.

3. No obstante lo anterior, el personal fijo de obra podrá prestar servicios a una misma empresa, y en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término, sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. A tal efecto suscribirán el correspondiente documento según el modelo que figura en el anexo IV.

4. El cese de los trabajadores deberá producirse cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse éste de acuerdo con la disminución real del volumen de obra realizada.

Este cese deberá comunicarse por escrito al trabajador con una antelación de quince días naturales. No obstante, el empresario podrá sustituir este preaviso por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días de preaviso omitidos, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable. Todo ello, sin perjuicio de la notificación escrita del cese. La citada indemnización deberá incluirse en el recibo de salarios con la liquidación correspondiente al cese.

5. Si se produjera la paralización temporal de una obra por causa imprevisible para el empresario y ajena a su voluntad, tras darse cuenta por la empresa a la representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, a la Comisión Paritaria Provincial, operarán la terminación de obra y cese previstos en el apartado 1, a excepción del preaviso. La representación de los trabajadores del centro o, en su defecto, la Comisión Paritaria Provincial, dispondrán, en su caso, de un plazo máximo improrrogable de una semana para su constatación, a contar desde la notificación.

El empresario contrae también la obligación de ofrecer de nuevo un empleo al trabajador cuando las causas de paralización de la obra hubieran desaparecido.

Dicha obligación se entenderá extinguida cuando la paralización se convierta en definitiva. Previo acuerdo entre las partes, el personal afectado por esta terminación de obra podrá incluirse en lo regulado en el apartado 2.

Este supuesto no será de aplicación en casos de paralización por conflicto laboral.

6. En todos los supuestos regulados en los apartados anteriores, y según lo previsto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se establece una indemnización por cese, del 4,5 por 100,

calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable, devengados durante la vigencia del contrato.

Del contenido material, y dejando para otros apartados todo lo que se refiere a la mejora de las indemnizaciones por extinción o a las garantías formales adicionales que establece, cabe destacar que el precepto lo que viene es a configurar la contratación de "toda obra" o "cualquier obra" como una tarea o trabajo con sustantividad y autonomía propia en las empresas del sector. Y es que parece realmente acertado entender que, en su literalidad, la sucesión de diversos cometidos dentro del arco temporal de los tres años no supone en realidad ruptura alguna del régimen jurídico básico. Porque si es necesaria la suscripción de un nuevo compromiso cada vez que se cambia de obra –no sólo cuando hay desplazamiento aun dentro de la misma provincia–, con acuerdo expreso de las partes, y en el que se habrá de especificar expresamente su objeto, entonces se convendrá que la fijeza no sino extraordinariamente relativa, más allá del compromiso empresarial de suministrar las ofertas disponibles durante ese periodo.

Y ello, porque quizás el verdadero núcleo de la aportación no resida tanto ni en el plazo máximo de duración del compromiso, ni en el procedimiento de cese para cada categoría u oficio, sino en la posibilidad de suspensión y en la extinción automática que se produce cada vez que concluyen los trabajos en una obra, eso sí, por causas que no resulten imputables al empresario.

Se trata en todo caso de una regulación que dota de cierta estabilidad a un tipo de empleo, nunca mejor dicho, estructuralmente caracterizado por su duración temporal determinada, con medidas garantistas adicionales y que delimita en todo caso esa situación con la fijación de un tope en forma de un término global, que se cifra en tres anualidades, incluidas sus pertinentes excepciones, lo que redunda más si cabe en el respeto de las características básicas de la figura legal y en su compatibilidad con el contrato fijo ordinario. Y es que no se puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que se está ante una submodalidad del contrato de obra o servicios determinados, caracterizado legalmente porque su ejecución es, aun determinada en el tiempo, de duración incierta.

De ahí que no case bien con la misma la imposición de limitaciones temporales absolutas como se encuentran en otros casos –vgr., en el sector del Comercio–, por cuanto que pueden llegar a resultar contradictorias con la propia causa empresarial justificativa. Bien sea por ésta, bien porque esté destinado a otros trabajadores que prestan servicios en este mismo sector funcional –sea en las obras, sea en otros departamentos de las empresas–, lo cierto es que este modelo de contratación no va a resultar exclusivo, siquiera a los efectos del art.15.1 ET, de ahí que todos los convenios provinciales, siguiendo también la

estela del acuerdo estatal, regulen el modelo ordinario de contratación de obra o servicio. Modelo, todo se ha de decir, respecto del cual no se van a aportar ya mayores novedades que la común mejora de la indemnización prevista para todos los trabajadores del sector o las formalidades del cese[12].

Sobre la extensión de ambas cláusulas, y a efectos meramente indicativos, indicar que su traslación prácticamente mimética se encuentra en: CC Almería (arts. 17 y 18); CC Cádiz (arts. 16 y 17); CC Córdoba (arts. 22 y 23) o CC Jaén (arts. 16–18). Sin perjuicio de la introducción de matices singulares, como ocurre en el caso del CC Málaga (art.18), sobre la necesidad de preavisar el fin de la relación también por parte del trabajador con una antelación de 15 días, o su transformación en fijo de plantilla cuando no conste el previo acuerdo de las partes en el caso de haber trabajado en diferentes centros durante la vigencia del contrato de fijo de obra (art. 21). La posibilidad de indemnizar al trabajador que vea extinguida su relación antes de la finalización del periodo de prueba por terminación de los trabajos contratados (art. 23 CC Córdoba). O por último, destacar también el caso del CC Sevilla, que llega a prohibir expresamente la celebración de otro contrato de obra o servicios que no sea el de fijo de obra (art. 17.5).

4.1.4. *Otras menciones. En especial: las mejoras en materia de indemnización por extinción del contrato*

Un último capítulo de contenidos materiales presenta casi por definición la característica de ser variado y muy heterogéneo, pero más aún en este caso por el tipo de contenidos que toca sistematizar. Y es que no se trata sólo del momento final de todo proceso de búsqueda y catalogación, sino que toca sistematizar pronunciamientos que van a residenciar su función en la mejora directa de reglas y mínimos legales, y no tanto en el desarrollo de llamadas o encargos directos realizados por parte del legislador. Es decir, en la medida en que son regulaciones por así decirlo espontáneas, van a poder elegir como objeto de

[12] A tal efecto, el art. 29 del mismo CC general, titulado: *Otras modalidades de contratación*. En el que se establece*: 1. Los trabajadores que formalicen contratos de los regulados en el Real Decreto 2720/98, o norma que lo sustituya, exceptuando el contrato fijo de obra regulado en el artículo anterior, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por 100, si la duración hubiera sido igual o inferior a un año, y del 4,5 por 100, si la duración hubiera sido superior a un año, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato. Esta indemnización tendrá la consideración establecida por la normativa específica de aplicación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 49.1.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

referencia cualquier aspecto de la relación laboral que tenga conexión con este contrato. De ahí su variedad. Del mismo modo que también resultarán incardinables en el régimen de este contrato otras menciones que aun pudiendo ser comunes, bien a cualquier tipo de modalidad temporal, bien a las que específicamente ahora se abordan, no dejan de ser por ello predicables de esta modalidad estructural.

Esta segunda razón, fundamentalmente, obligará a repartir entre este epígrafe y los correspondientes al resto de modalidades todas aquellas menciones que puedan considerarse genéricas o plurales, a efectos sobre todo de evitar la reiteración. La opción pasará en todo caso por su presentación en relación con la modalidad con la que guarde una relación más directa, aunque a veces no resulte sencillo de determinar.

Un ejemplo ayudará a comprender mejor esta última indicación. Es meridiano que la fijación de un arco temporal en forma de término máximo es una imposición legal para el contrato eventual por circunstancias de la producción, que no para el contrato de obra o servicio, ni tampoco, en términos absolutos, para el de interinidad por sustitución. Pues bien, lo anterior no impide que se encuentren cláusulas en las que impone esa clase de límite para todo contrato temporal de los regulados por el art. 15 ET, lo que hace surgir la duda acerca del mejor lugar para su ubicación, pues en un caso sería una novedad de cierto empaque, en otro su catalogación de lo más natural, pasando por tanto de lo más desapercibida. La muestra, en el único precepto dedicado al régimen contratación, la proporciona el art. 11 del CC Fabricación y Venta de Pan para la provincia de Málaga (2007–2010), en el que se lee: *Se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y la normativa que lo sustituya o desarrolle. La duración máxima de este contrato será de 12 meses, dentro de un periodo de 18 meses. En caso de que se concierte por un plazo inferior a 12 meses, podrá ser prorrogado mediante acuerdo de las partes, por una sola vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicho límite máximo.*

Pero que la falta de exactitud o, si se prefiere, de corrección en la precisión de los supuestos que han de quedar cubiertos por la prescripción del convenio pueda hacer surgir alguna duda sobre su verdadero alcance, ello que no quita que también se encuentren reglas específicas para esta modalidad de obra o servicios determinados, en el mismo sentido. Así ocurre en el ya citado CC Comercio en General de Málaga (2007–2009), en cuyo art. 36 se establece que: *La utilización de la modalidad contractual de obra y servicio para cualquiera de las tareas aquí descritas, todas ellas en principio de duración incierta, no podrá superar en ningún caso un periodo superior a los 2 años, de duración inicial o acumulada.*

La reflexión en estos casos, por mucho que desde el punto de vista causal se quiera justificar la necesidad de un tope máximo temporal en la singularidad de los supuestos que legitiman el contrato, recuérdese: aperturas y ampliaciones de nuevos centros sobre todo, es en parte la que se hacía al inicio de este informe. Y es que no siempre queda claro en qué puede consistir la mejora de la regulación legal del art. 15.1ET, con independencia de que en un supuesto como éste parezca más o menos claro que se termina por desnaturalizar el propio concepto de la figura. Nótese, por ejemplo, la diferencia con el contrato de obra –en el sector de la construcción, no en otros donde no se ha reproducido fielmente– donde el tope máximo de 3 años prevé como excepción que cuando se alcance no haya concluido la última obra en ejecución, en cuyo caso se dilatará hasta el fin de la misma.

Otro bloque temático con cierto empaque para su resalte autónomo, dejando al margen que también se haya mostrado parcialmente y de una manera colateral, es el referido a los requisitos de formalización del contrato. Y es que, si de nuevo se repasan cláusulas del ramo del Comercio (General y de Alimentación de la provincia de Huelva), habrá que estar que en esos casos la forma adquiere una relevancia desconocida, toda vez que: *La utilización de esta modalidad contractual de obra o servicio para cualquiera de las tareas aquí descritas, todas ellas en principio de duración incierta, pero que estime puedan ser superiores a un año requerirá la utilización del documento de contrato que al efecto emita la Comisión Mixta del presente Convenio, y la comunicación a la misma de la finalización del contrato, en su caso. La utilización de este modelo oficial y el conocimiento de la contratación efectuada por la Comisión Mixta será requisito indispensable para el reconocimiento de la validez temporal del mismo.*

Pero donde se localiza un régimen algo más original, por completo ha de decirse, en materia de forma de este contrato es en el ámbito funcional de Derivados del Cemento, del que se muestra el ejemplo del art. 21 CC Granada (2006–2009), pero que resulta idéntico a otros en el mismo sentido, como el art. 14 del CC de Córdoba. *B) Contenido y régimen jurídico* [del contrato de obra o servicio]:

–En los contratos de trabajo que se realicen bajo esta modalidad deberá indicarse con precisión y claridad el carácter de la contratación e identificar suficientemente la obra o servicio que constituya su objeto.

–La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio

–La utilización de esta modalidad contractual requerirá, en todo caso, la confección de una copia básica del contrato, que además del contenido que las copias básicas del contrato han de reunir con carácter general, expresarán,

necesariamente: la causa objeto del contrato, las condiciones de trabajo previstas en el mismo, la especificación del numero de trabajadores que se prevea intervendrán en la obra o servicio, el grupo o categoría profesional asignado al trabajador y la duración estimada de la obra o servicio. De dicha copia básica se dará traslado dentro de los plazos legales a los representantes de los trabajadores.

–Los contratos por obra o servicio determinado se presumirán celebrados por tiempo indefinido cuando en ellos se reflejen de forma inexacta o imprecisa la identificación y objeto de los mismos, y resulte por ello prácticamente imposible la comprobación o verificación de su cumplimiento.

La amplitud de ciertas cláusulas de empleo, que dan cumplimiento a la previsión del art. 15.7 ET por la que *los convenios colectivos podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos*, sirve para detectar otro grupo importante de cláusulas que, bien directamente, bien por su incardinación entre la categoría de contratos temporales, presentan al contrato de obra o servicio como protagonista de la regulación. Los modelos son variados, más allá incluso de los supuestos en los que la transformación se cifra en una medida sancionadora por el incumplimiento de requisitos formales o de duración máxima[13].

Con una naturaleza aparentemente idéntica, la prohibición de superar un tope de contratos temporales de obra en el CC Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores (2007-2010) de la provincia de Almería. Si bien, y una vez reparado en su contenido, lo que trasluce realmente es la evitación de meca-

[13] Una variante, en forma de porcentajes mínimos de personal fijo, en el art. 14 del CC Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas para la provincia de Granada, así como en el art. 17.3 CC de Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba, donde respectivamente se establece: *Con el objetivo de fomentar la contratación indefinida y de dotar de mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio deberán tener un 50% de personal con contratos indefinidos a 31 de diciembre de 2004, un 55% a 31 de diciembre de 2005 y un 60% a 31 de diciembre de 2006. 3. – Contratos de duración determinada: Son aquellos trabajadores contratados en atención a las circunstancias de temporalidad del empleo o al fomento del mismo por medio de regulación específica. Los contratos eventuales o de duración determinada que se detallan seguidamente en este punto bajo los apartados a); b); c) y d), en su conjunto, no podrán rebasar el 60% de la contratación total de la empresa, considerada siempre en cómputo anual.* Otra variante de cláusula, específica ahora para los trabajadores con contrato de obra o servicio –y pese a que quedan postergados en relación a los que cuenten con la condición de trabajador eventual–, en el CC Vid de Cádiz (art.17), en el que se establece un sistema promocional en forma de límite, pero cuyo cumplimiento o efectividad se relativiza en la medida en que termina imponiendo un recargo económico en los salarios a modo de sanción por su incumplimiento.

nismos con la suspensión o extinción colectiva de contratos fijo–discontinuos mediante una utilización a buen seguro indebida de esta clase de contratación[14].

Un último bloque temático de especial incidencia, por su generalización entre los textos de los convenios, su riqueza de matices y, sobre todo, por su ambivalencia funcional –mejora las condiciones de los trabajadores, al tiempo que desincentiva la contratación temporal y promociona formas más estables de contratación–, es el que constituye el conjunto de cláusulas referidas al momento del cese de la relación y, más concretamente, a la indemnización que procede *ex* art. 49 ET.

En ese sentido, las mejoras al mínimo legal –*parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio*, de ahí que no resulte necesaria mayor previsión acerca del prorrateo de los periodos inferiores, vgr. por meses– pueden también presentarse incluidas en cláusulas genéricas para toda clase de contratos temporales, no sólo para los previstos en el art. 15 ET, o resultar específicamente establecidas para la modalidad de obra o servicios determinados. Centrándonos ahora en estas últimas, los ejemplos más llamativos lo proveen convenios generales como los del Sector de la Madera y Corcho o el de la Construcción[15].

[14] Y es que su art. 20 dice: *e – Obra o servicio determinado: Con el objeto de no sobredimensionar la plantilla de fijos discontinuos en las empresas, a los que no se podría garantizar la prestación de servicios durante toda la campaña, las partes acuerdan que se puedan realizar contratos de obra ó servicio determinado para la realización de las tareas propias de la campaña. No podrá realizarse este tipo de contratos a más del 50% de la plantilla.*

[15] Entre los primeros, la regla específica en materia de finalización del contrato de obra o servicio, que llega a igualar la indemnización con la de un despido objetivo en ciertos casos, se formula del siguiente modo: *En cuanto al preaviso y cese se estar a lo dispuesto en el artículo 44 del presente Convenio. A efectos de indemnización, si la duración ha sido igual o inferior a cuatro meses, la empresa vendrá obligada a satisfacer una indemnización de 15 días de salario por año de servicio; si la duración es superior a cuatro meses, la indemnización será de 20 días de salario por año de servicio.*

Ambas indemnizaciones surtirán efectos desde el primer día.

En cuanto al ámbito de la Construcción, y aunque la segunda mención o mención singular al contrato de obra o servicio –distinto del contrato fijo de obra– sea también de aplicación a todos los contratos celebrados al amparo del RD 2720/1998 –lo que incluye al contrato de interinidad, excluido en principio por el listado del art. 49 ET–, la fórmula de mejora alcanza hasta el 7% del salario –más de 22 días de salario– si la duración del contrato no alcanza el año, y algo menos, el 4,5% (igual que el fijo de obra) si la duración resulta superior. Una última mención antes de concluir este apartado del contrato de obra y al hilo de las consecuencias y formalidades de la extinción del contrato, merece la adición que realizan ciertos textos provinciales, como el de la Construcción de Málaga, en el que se explicita la necesidad de preavisar la denuncia anticipada o dimisión del trabajador *ex* art. 49 ET, si no quiere ver mermado el importe de la liquidación final. Así, establece el art. 18 que: *De igual forma cuando el trabajador desee cesar al servicio de una empresa, deberá preavisar previamente, con una antelación de quince días naturales a aquel en que haya de causar baja, de su intención de dar por terminadas sus relaciones laborales. El incumplimiento de esta obligación faculta al empresario para no abonar el plus extrasalarial correspondiente a los días en que el preaviso se haya demorado.*

4.2. **El contrato eventual por circunstancias de la producción**

4.2.1. ***Concepto y papel reservado a la negociación colectiva***

La segunda causa prevista en el art. 15.1 ET para justificar la contratación temporal encuentra su base en *las circunstancias del mercado, [la] acumulación de tareas o [el] exceso de pedidos…* que pueda tener una empresa, *aun tratándose de la actividad normal* de la misma. Es lo que se conoce como contrato eventual, toda vez que va a servir para atender necesidades o contingencias que se presentan de manera accidental, en el sentido de que han de resultar pasajeras y no permanentes.

A semejanza de lo que ocurre con el contrato por obra, esta modalidad va a permitir también que sirva para atender necesidades del proceso productivo pertenecientes a lo que se conoce como propias de la actividad normal de la empresa, lo que no va a dejar de ser una fuente de conflictos casi inagotable cuando se trate de diferenciar entre ambas modalidades y, sobre todo, cuando se quiere discernir entre necesidades que sean permanentes –que debieran ser cubiertas por personal fijo– y coyunturales del proceso de producción. La ventaja –quizás también la causa del mayor embate que ha de afrontar esta modalidad, mucho más en el plano teórico que en el práctico–, consistirá sin embargo en que en este caso la relación laboral queda sometida a unas reglas precisas de duración, en forma de término o tope máximo de orden público, cuyo extralimitación hará transformar el contrato temporal en otro de carácter fijo o indefinido; y, cuando menos, hará que lo haga en virtud de la presunción *iuris tantum* –salvo prueba en contrario de la existencia de otra causa temporal– por continuidad de la prestación sin formalización de nueva modalidad.

Ambas circunstancias, la posibilidad de atender circunstancias propias de la actividad normal del proceso productivo, y la seguridad que aporta la fijación de una duración máxima, van a hacer que esta modalidad se muestre en la práctica como acausal, en el sentido de que difícilmente se exige alegación o prueba eficiente de la circunstancia habilitante, llegándose a aceptar esta praxis como una especie de mal menor. Toda vez que, al menos, se sabe que la situación no se podrá prolongar excesivamente en el tiempo.

Cobran así especial virtualidad las reglas expresivas de la duración máxima de este tipo de contrato, incluidas las que se refieren a su prórroga, pues será en ellas en las que se podrán encontrar los verdaderos límites conceptuales de la figura. Y es que, para la completa definición de esta modalidad se ha de tener en cuenta que la norma distingue dos conceptos que no siempre resultan del todo claros. El primero es el de la duración máxima del contrato. En principio, seis meses, salvo que *la negociación colectiva sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior* –nótese como se omite aquí

la negociación a nivel de empresa, sobre todo tras la experiencia conocida con la reforma laboral de 1994–, la modifique pudiendo llegar hasta un máximo de doce meses en todo caso. El segundo concepto, sin duda el más complejo, es el denominado periodo de referencia. Esto es, el marco temporal unitario en el que se pone de manifiesto la necesidad productiva, que debe servir a su vez para su delimitación y que, necesariamente, ha de ser más amplio que el de la duración del contrato a fin de evitar su confusión permanente –el desarrollo reglamentario no es tan claro al respecto permitiendo de forma tácita que puedan llegar a confluir en su duración el contrato y el periodo de referencia–. Y es que este concepto está llamado a evitar tanto las prácticas abusivas de una multiplicidad de pequeños contratos o contratos de muy corta duración, dentro del periodo de referencia, como la de una excesiva rotación del mismo trabajador –incluso de distintos trabajadores– en el mismo puesto y función, en cuanto que se convierte en la mejor vía para demostrar la realidad permanente y no coyuntural de una necesidad productiva.

Con todo, el periodo de referencia se va a definir de forma algo vaga. De modo general dice el art. 15.1 b) que ese periodo será de doce meses, *contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas*. En principio, pues, ese periodo ha de servir y ser el mismo para todos los contratos eventuales que se justifiquen en esa necesidad productiva, en cuyo seno deberán desarrollarse además la totalidad de las relaciones individuales que se concierten. Salvo que se trate, evidentemente, de supuestos que cuenten con circunstancias distintas del mercado o pedidos o tareas diferenciables a efectos de su justificación. Añadir en todo caso que el período de referencia legal o convencionalmente establecido se computará desde que se produzca la causa o circunstancia que justifique la utilización del contrato eventual. Lo que, *sensu contrario,* se puede leer como que no necesariamente desde el inicio de cada uno de los contratos.

La flexibilización viene de la mano de la ya citada habilitación a la negociación colectiva sectorial, la cual puede modificar tanto el periodo de referencia como la duración del contrato –indistintamente, o ambos, dice el art. 2.2 b) RD 2720/1998– *en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se pueden producir*. La fórmula, queda entonces del siguiente modo: *En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses*. Otra cosa es si los desarrollos que se efectúen por estos convenios extienden sus efectos a todas las empresas del su ámbito territorial, incluidas las que tienen negociación propia, en tanto que ésta no pueden hacerlo a ese nivel de negociación. En todo caso, parece razonable una respuesta afirmativa, incluso cuando no hay llamadas o habilitaciones expresas si las razones justificativas son realmente las indicadas, pues en ese caso lo lógico es pensar que se

puedan predicar de la totalidad del sector. Se convierte así esta materia, sobre todo para la negociación de ámbito funcional superior, en su contenido principal y más trascendente tal como se tendrá ocasión de comprobar. Y, lo que es más llamativo, sin necesidad que explicitar si quiera cuáles son esas razones estacionales de la actividad que justifican la ampliación, requisito que se exige tanto en la norma legal como en la reglamentaria.

El régimen jurídico temporal incluye dos precisiones más de diferente trascendencia para su articulación por la negociación colectiva. Una sería la que se refiere a las posibilidades de prórroga de este contrato una vez celebrado, al habilitarse que pueda hacerse por una sola vez y sin que la duración total de la relación pueda exceder la duración máxima que se haya fijado. La otra, sirve de nuevo para poner de manifiesto el carácter dispositivo de parte del precepto. Eso sí, para la autonomía colectiva, aunque ahora de todo ámbito o nivel negociador toda vez que no se distingue. Y es que se prevé que por *convenio colectivo* –el que resulte de aplicación– *se puedan determinar las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el número de contratos a realizar y la plantilla total de la empresa*. Una mención ésta que se va a utilizar como condicionante para la celebración de contratos eventuales, incluso para legitimar la ampliación de la duración de éstos, con más asiduidad que la alegación de auténticas causas estructurales de la producción, lo que pone de manifiesto un grado importante de confusión.

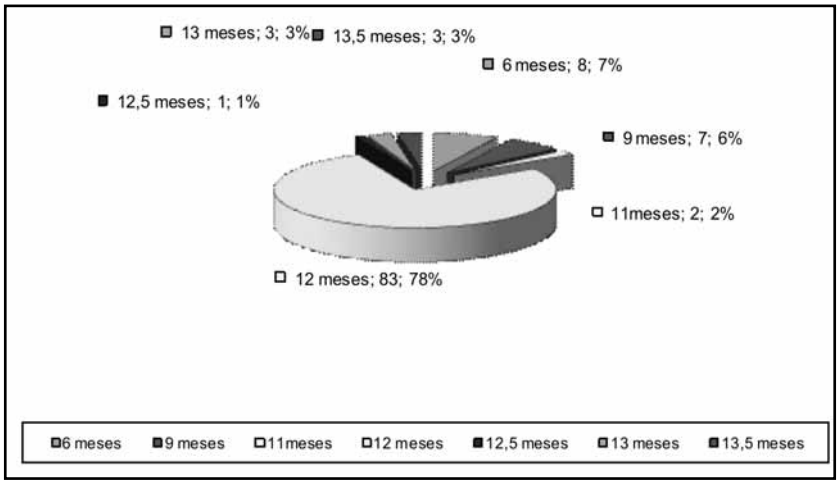
4.2.2. ***Tratamiento y ampliación de la duración máxima del contrato y del periodo de referencia***

Del importante número de convenios colectivos que tratan la contratación eventual, especialmente a nivel sectorial –136 de 176 vigentes en 2008–, ha de decirse que la inmensa mayoría lo va a hacer para alterar precisamente las reglas de delimitación temporal, tanto del contrato en sí, como del periodo que le ha de servir de marco de referencia. Los números estadísticos, aunque no del todo específicos por razón de las series preestablecidas, muestran que así lo hacen, en el primer caso, dos tres de cada cinco convenios de sector (56.48%); porcentaje muy similar al del segundo supuesto (55,34%), pese a que se cuente con números totales de carácter ligeramente inferior.

El sentido de la regulación va a ser, tal como muestran los gráficos siguientes, extender la posible duración de los contratos hasta el máximo legal permitido (12 meses), en algunos casos alargando en igual sentido el periodo de referencia (18 meses), en otras ocasiones cifrándolo en el máximo necesario a esos efectos (16 meses). En general, y dejando al margen supuestos que no dejarán de ser por ello mismo llamativos, se ha de afirmar que la inmensa

mayoría de los textos se adecuan a los topes cuantitativos fijados por la norma estatal, aunque como se verá, la justificación material para el uso de esa potestad no siempre resulte del todo explícita.

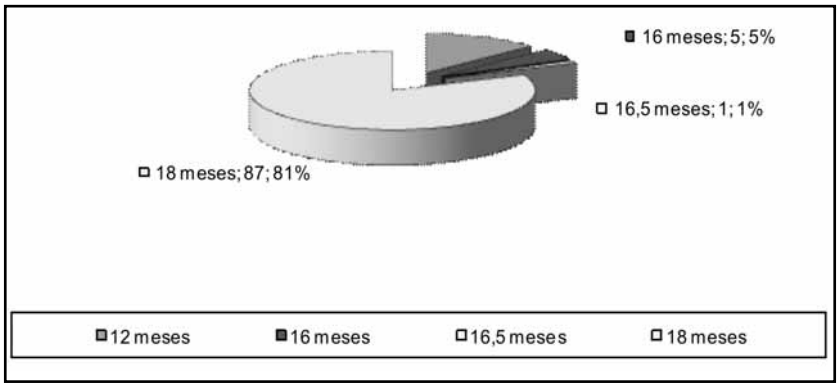
Gráfico 3. Distribución de convenios de sector (número absoluto y porcentaje) por duración máxima prevista para el contrato eventual. Andalucía 2008



Elaboración propia a partir de los datos oficiales publicados por el CARL

Como puede presuponerse respecto de un conjunto con tantas variables, las combinaciones de esta decena de elementos, tomados de dos en dos, aporta un amplio número de supuestos que en la práctica se traduce en que pueden localizarse ejemplos de la casi totalidad de las imaginables. Si bien, el modelo más común en este ámbito de la negociación sectorial, por tanto el más representativo con creces, es el que determina una duración máxima del contrato –de hasta 12 meses–, en un periodo de referencia también máximo –de hasta 18 meses–, cuyo cómputo comenzará además justo en el mismo momento en que se aprecien las circunstancias habilitantes.

Gráfico 4. Distribución de convenios de sector (número absoluto y porcentaje) por duración máxima prevista para el periodo de referencia. Andalucía 2008



Elaboración propia a partir de los datos oficiales publicados por el CARL

Pero que los convenios sectoriales hagan un uso importante de la habilitación legislativa sobre ampliación de los términos y plazos máximos de referencia, no significa ni mucho menos que se haga de forma justificada, mejor, con expresión de la justificación necesaria, ni tampoco, en los mismos términos en todos los casos. Es cierto que el art. 15.1 b) ET resuelve e indica de forma precisa algunos requisitos mínimos que deben cumplirse, pero también lo es que su estructuración interna provoca ciertas dudas interpretativas que, como se verá, van a ser resueltas de forma bien distinta en cada uno de los tipos de convenio que pueden diferenciarse a estos efectos.

Comenzando por el tema de la duración que se fija para estas categorías –contrato y periodo de referencia–, hay que partir del hecho de que la ampliación mediante la negociación colectiva se puede realizar *en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias* [las del mercado, por acumulación de tareas o exceso de pedidos] *se puedan producir*, algo que no siempre resulta obvio y que rara vez se explicita. A modo de contraste, se expone a continuación unos de los pocos ejemplos en el que los negociadores lo intentan, y otro donde se omite con total naturalidad cualquier atisbo de razonamiento. Debiendo destacarse, por lo además, que ese segundo modelo es con mucho el mayoritario. El primer ejemplo se nos muestra en el art. 20 CC para las Industrias y Almacenes de la Madera de Cádiz (2007–2011), en el que se afirma que: *3º.– El sector de la madera, objeto de regulación, resulta fluctuante en su intensidad productiva en función de las circunstancias coyunturales y cíclicas de la economía. Esta conclusión, conduce, inevitable-*

mente, a que las posibilidades del sector se enmarquen en el amplio concepto de exigencias circunstanciales del mercado que conllevan transitorias acumulaciones de tareas o exceso de pedidos. Estas circunstancias resultan cíclicamente constantes en el tiempo y de relativa permanencia temporal dentro de los ciclos cambiantes de la economía. Por ello las partes firmantes del presente Convenio, a través de la Comisión Negociadora del Convenio General del Sector de la Madera, acuerdan proceder a una adecuada regulación del contrato de trabajo previsto en el art. 15.1.b) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores adaptándolo a las circunstancias singulares del sector de la madera en tanto persistan las circunstancias de empleo y productividad. Supuesto que contrasta con la parquedad del CC del sector Pompas Fúnebres de Córdoba (2003–2006), cuyo art. 31, sobre el contrato eventual, se limita a señalar que: *El contrato eventual por circunstancias de la producción tendrá una duración máxima de 12 meses en un periodo de 18 meses*[16].

Más allá de la constatación de cómo se ha considerado innecesario justificar las razones para la ampliación de la duración del contrato eventual y del periodo de referencia, los convenios también se van a caracterizar por incluir algunas cláusulas diferenciales, sea en la duración concreta de estos términos, sea por razón de la delegación que efectúan en favor de la negociación colectiva a nivel de empresa. Algunas veces incluso, con fórmulas tan confusas que no se sabe bien qué terminan estableciendo[17].

[16] Otro tipo de ejemplo es el que se caracteriza por apoyarse en la reiteración parcial del texto legislativo, que es lo que ocurre en casos como el del art. 25 texto articulado del CC para el Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte; comercio de joyerías, platerías e importadores y comerciantes de relojes; comercio de almacenistas y detallistas de ferreterías, armerías y artículos de deportes; comercio de bazares, objetos típicos y recuerdos, plásticos al detall, bisutería, molduras, cuadros y vidrio y cerámica; comercio de textil, quincalla y mercería; comercio de materiales de construcción y saneamientos; y comercio de la piel y manufacturas varias para la provincia de Sevilla (2007–2010): *De conformidad con el artículo 15–B del Estatuto de los Trabajadores, podrán celebrarse contratos de duración determinada cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aún tratándose de la actividad normal de la Empresa. Las partes pactan expresamente, que en tales casos los contratos podrán tener una duración máxima de doce meses dentro de un periodo de dieciocho meses, contados a partir del momento en que se produzcan las causas que motiven la contratación*. Muchísimo menos frecuente, casi inexistentes a nivel sectorial podría decirse, resultan los casos en los que se determinan las tareas propias del contrato eventual. Como excepción, cabe deducirlo indirectamente del art. 9 CC Viticultura de Cádiz, cuando afirma que el trabajador eventual es el que realiza *faenas que no tienen el carácter de normal ni permanentes*. Aunque no falten fórmulas como la del art. 21.a.3) CC Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase para la provincia de Almería, en las que se delega esta función a lo que pueda establecerse por ámbitos negociales inferiores.

[17] Véase si no el art. 18 del CC de las empresas de hospitalización, internamiento, consultas, asistencia y laboratorios de análisis clínicos, para Sevilla y provincia (2007–2009), en el que tras recordar la nueva obligación de transformación en indefinido establecida por el art. 15.5 ET, se

Diferentes también se muestran los ejemplos del CC Hostelería de la provincia de Cádiz (2007–2009), en el que la duración máxima del contrato será diferente según se trate de una empresa sometida a los vaivenes de las presiones propias de la temporada o circunstancias estacionales y el común de las restantes. Y es que, si para este segundo caso la duración máxima se establece en *nueve meses dentro de un periodo de referencia de doce*, para las otras, el art. 17 lo reduce a un periodo de *hasta siete meses dentro de un periodo* también de *doce*; el del art. 29 CC Comercio Minorista de Alimentación de Cádiz (2008), por cuanto que la duración que se fija va ser mínima y no sólo máxima para este tipo de contratos[18]; y la delegación que, en última instancia, realiza el CC Sector de la Automoción de Huelva (2007–2008) a lo que pueda resultar en el ámbito de cada empresa, pues como dice su art. 37: D*e acuerdo con lo establecido en el art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores se modifica la duración máxima de estos contratos hasta 12 meses dentro del periodo de 18 meses siempre que se pacte en cada empresa con los representantes de los trabajadores o con éstos a falta de aquéllos*.

Respecto de la cuestión referida a la distinta duración de los plazos, y dando por sobreentendido que si no se explica mínimamente el por qué de la ampliación al máximo de duración (12 meses/18 meses) en la inmensa mayoría de los casos, tampoco se hace cuando se fijan otras distintas (vgr., 9 meses/12 meses – 11 meses/16,5 meses – 12 meses/ 16 meses)[19].

4.2.3. ***Confusión y diferenciación de otras modalidades contractuales***

La utilización mayoritaria en nuestro mercado laboral del contrato eventual tiene mucho que ver, sin duda, con el uso indiscriminado que se efectúa de esta

añade que: *Los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos regulados en el artículo 15.1.b) del ET tendrán una duración máxima de doce meses dentro de un período de dieciocho meses contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia ni, como máximo, doce meses*.

[18] *Dadas las especiales características que concurren en el sector, significadas por ofertas puntuales de productos, campañas, rebajas, aniversarios, etc., y a los efectos de evitas contrataciones repetitivas en el tiempo por cortos periodos de duración, se articula la presente modalidad de contratación que conviva con las establecidas o que se estipulen legalmente. En razón a ello, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada, por un periodo no inferior a 6 meses ni superior a 12 meses*.

[19] Merece la pena destacar no obstante como han ido desapareciendo determinados supuestos en los que se sobrepasaba de manera clara y diáfana el tope máximo impuesto por el legislador, lo que conllevaba su necesaria tacha de ilegalidad. Como era el caso de los convenios de sector de Comercio en general y Comercio de alimentación de Huelva y de la industria de exhibición cinematográfica de Almería.

modalidad, y ello a su vez, en una relación de casi directa proporcionalidad, tanto con las características con que se diseña en la norma legislativa, como con la interpretación que de estos rasgos se efectúan por parte de la negociación colectiva.

Y es que ello ayuda a explicar que aparezcan cláusulas convencionales en las que el contrato eventual, incluso nominativamente, se confunda con cualquier relación de duración temporal determinada, que se postule como modalidad preferente a otras o que se justifique su celebración para la cobertura de cualquier clase de vacante, sea además con especificación de la causa justificativa –propia de esta modalidad o de otras– sea sin mención alguna al respecto. Del mismo modo que se localizan múltiples ejemplos donde la funcionalidad del periodo del referencia, la duración máxima del contrato y las posibilidades de su prórroga carecen casi de virtualidad, al permitirse que en el seno de un mismo arco temporal se celebren diversos contratos entre las mismas partes, que los plazos comiencen a computarse no de forma homogénea sino para cada contrato en singular o que la apreciación de las causas justificativas quede al libre albedrío, a la discrecionalidad de la empresa en orden a evaluar sus propias necesidades.

Uno de los casos más paradigmáticos y generalistas de todas estas vicisitudes que se señalan, lo proporciona todos y cada uno de los distintos convenios provinciales del campo o sector agrario, en los que se lee, en una redacción cuyos antecedentes directos han de localizarse aun en las antiguas Ordenanzas, que el personal eventual: *Es el contratado circunstancialmente sin necesidad de especificación del plazo ni de la tarea a realizar. Transcurrido once meses de servicio ininterrumpido o con interrupciones inferiores a quince días consecutivos, el trabajador eventual adquirirá la condición de fijo.*

En esta misma línea cabe incluir también menciones como las de los convenios del sector de la Construcción, del que se extrae ahora el caso de Almería (art. 18) –pero extensible a otros como Cádiz (art. 17), Córdoba (art.23), Jaén (art.18), Málaga (art.19) y Sevilla (art.18)– en el que se señala, sin mayor dificultad, que se encontrará plenamente justificada su concertación cuando se considere necesario aumentar el número de personas. Así: *Podrá concertarse el contrato de duración determinada previsto en el apartado 1.b) del artículo 15… En tal supuesto, se considerará que se produce la causa que justifica la celebración del citado contrato en los casos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando se incremente el volumen de trabajo, o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio.*

La confusión de la funcionalidad del periodo de referencia coadyuva también, como se decía, a este panorama. No faltan así contradicciones entre convenios de un sector tan determinante en esta materia como es Hostelería,

acerca de la posibilidad de suscribir dos o más contratos con el mismo trabajador dentro de un mismo periodo de referencia o, precisamente, todo lo contrario. En el primer caso estarían CC como el de Cádiz (también, Málaga, art. 41, aunque en este caso se amplía la duración a 12 meses dentro de un marco de 18), en el que se establece –, que: *Cuando se celebre esta modalidad contractual, con un mismo trabajador, en más de una ocasión dentro de ese periodo de doce meses, la duración acumulada de los distintos contratos, no podrá superar ese periodo de nueve meses*. Mientras que en el art. 9 del CC de Hostelería para la provincia de Córdoba (2008–2010), se establece que: *Las empresas podrán contratar mediante la modalidad de contrato de trabajo de duración determinada (RD. 2546/1994, Ley 12/2001 y RD 5/2001), pudiendo contratar libremente el período de duración, con un máximo de doce meses en un período de dieciocho meses, mediando una sola prórroga de contrato y siempre y cuando el contrato se suscriba con el mismo trabajador/a*.

Y todo ello, entre otras razones, porque muy rara vez de determina de una forma objetiva el periodo de referencia, esto es, sus fechas de inicio y fin. Siendo lo más habitual que sea la fecha de contratación del trabajador, incluso de cada trabajador, la que sirva de fecha inicial para el referido cómputo del tiempo máximo de permanencia en la empresa, se de manera continua o discontinua. Véase así el contraste entre cláusulas como la del CC de Derivados del Cemento de Córdoba (art.14), en el que se exige*: b) Se expresará en los mismos, con la precisión y claridad necesaria la causa sustentadora y generadora de la contratación*. Con la del art. 14 del CC Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas de Granada (2007–2009), en la que: el *contrato eventual… podrá concertarse con una duración máxima de doce meses dentro del periodo de dieciocho meses, contados a partir del momento en que se produzcan las circunstancias que justifiquen su firma*[20].

Esta ambivalencia, nivel de vaguedad o falta de precisión de conceptos tan determinantes del contrato, tanto en las normas legales como convencionales, terminan provocando que se provean situaciones en las que la contratación eventual va a servir de remedio idóneo para casi todo. Se han expuesto antes algunos supuestos de habilitación para cualquier clase de necesidad empresarial, toda vez que no se llega a especificar nada. Pero también sucede que, en ocasiones, se va a confundir la causa justificativa de esta modalidad con la propia de otras modalidades, ya reguladas en el mismo art. 15.1 ET, ya en otros

[20] A modo de excepción cabe sin embargo la cita del CC de Panaderías de Cádiz (2007-2009), en cuyo art. 34, se regulan los: *CONTRATOS POR MAYOR PRODUCCIÓN.– No obstante, teniendo en cuenta el aumento de demanda de los productos del sector en las fechas del 15 de mayo al 15 de septiembre, las empresas contratarán trabajadores/as eventuales, haciendo constar en los contratos dichas circunstancias y periodo de contratación*.

preceptos o apartados, sin dejar por ello de reconocer que en determinadas circunstancias esa diferenciación puede convertirse en algo altamente complicado. Un primer caso de confusión se aprecia en relación con la reserva propia del puesto de trabajo que habilita la contratación de trabajadores interinos o de sustitución. Así, el CC Aparcamientos, Garajes y Servicios de Lavado y Engrase para la provincia de Almería, cuyo art. 21.a.2), prevé su concertación para cubrir vacantes por disfrute de vacaciones; o el CC de Panaderías de Cádiz, en el que se mezclan premeditadamente los trabajadores que atiendan necesidades de mayor demanda y a los que realicen tareas de sustitución al objeto de crear un censo o escalafón único de trabajadores temporales al que se reconocerán además idénticos derechos (art. 32).

Un segundo supuesto es de la integración de causas justificativas propias de modalidades contractuales derogadas, al igual que ya pusieron de manifiesto otras cláusulas sobre identificación de tareas o trabajos con sustantividad propia en el seno de la actividad de la empresa. Concretamente, así sucede en el CC Exhibición Cinematográfica de Almería, cuyo art. 11 dice que: *Se entenderán concurrentes las circunstancias del artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, en los casos de apertura de nuevas salas de cine, de creación de nuevas empresas, y en los supuestos de remodelación que traiga como consecuencia un aumento de plantilla*.

Con un carácter más general se pronuncian también otros convenios que reservan la noción de trabajadores eventuales *a todos los contratados de acuerdo con los supuestos del art. 15, número 1 del ET* (CC Sector de las Industrias de manipulados, envasados, comercialización al por mayor y exportación de los agrios y demás frutas y sus derivados industriales de Sevilla, 2007–2008, art. 15), o a aquél que se contrata en determinadas épocas de mayor producción, que no de temporada, mención que queda reservada para el trabajador fijo discontinuo (art. 12 CC Confitería, Pastelería, Bollería, Tortas, Mazapanes, Mantecados y otros productos para desayuno de Sevilla, 2007–2009). Estas últimas menciones, junto a otras también de gran profusión y detalle, como las de los CC de la Vid y Panadería de Cádiz, integran y tratan en realidad de objetivar la frontera entre el trabajador de temporada, el eventual de refuerzo y el trabajo fijo–discontinuo. Para ello crean auténticas bolsas de trabajo, con reglas específicas acerca del escalafón, el orden de llamamiento, la antigüedad y hasta el cómputo como trabajado a estos efectos de los días de vacaciones. Estableciéndose incluso, la preferencia para la contratación mediante la modalidad eventual antes que cualquier otra, específicamente para obra o servicios, pero siempre que no quede ningún trabajador por emplear con la condición de fijo–discontinuo.

4.2.4. *Establecimiento de reglas sobre su adecuada relación con el volumen de plantilla y criterios objetivos para la transformación en indefinidos*

Dos reglas distintas pero muy ligadas en la regulación convencional son las que se refieren, por un lado, a la determinación del tipo de tareas a realizar mediante la contratación eventual y el adecuado equilibrio que debe guardar el porcentaje de estos trabajadores en relación con el volumen de la plantilla, y la que se contiene en el apartado 7 del art.15, sobre el establecimiento de criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos temporales en indefinidos.

En efecto, las cláusulas que establecen esa especie de ratio entre el trabajo temporal –que no necesariamente eventual– y la cantidad de trabajo fijo o global en el seno de la empresa, no pocas veces lo hacen limitando la contratación temporal mediante su necesaria transformación en relaciones definidas, más que para que se realicen *ab initio* fórmulas de contratación fija. Aun no siendo excesivas en número son cláusulas pertenecientes a esta categoría la del CC Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba[21]; las de los CC Comercio Minorista de Cádiz y del CC Hostelería de Jaén[22]

También, y con la novedad de haber sido celebrado tras la conclusión del AMCE por el Gobierno y las organizaciones sociales más representativas, tal como reconoce de forma expresa su clausulado, y dentro además del ámbito de aplicación del Acuerdo Estatal del Sector del Metal (2006), el CC de la Industria Siderometalúrgica de Sevilla, que establece en su art. 11 –otros textos del mismo ámbito funcional con contenidos semejantes aunque no idénticos, los de aplicación en Cádiz y Almería–: *En ningún caso en las empresas de más de 175 trabajadores fijos, el personal eventual por tiempo cierto al que se refiere el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, podrá ser superior al 20% del personal fijo de plantilla, con excepción de las empresas dedicadas a trabajos de montajes, tendido de líneas e instalaciones en general. La Comisión Paritaria hará un seguimiento del cumplimiento de este artículo.*

[21] Cuyo art. 17.3 especifica que: *Los contratos eventuales o de duración determinada que se detallan seguidamente en este punto bajo los apartados a); b); c) y d), en su conjunto, no podrán rebasar el 60% de la contratación total de la empresa, considerada siempre en cómputo anual.*

[22] En las que respectivamente se lee que: *El límite de esta modalidad de contratación en ningún caso podrá superar el cincuenta por ciento de la plantilla fija de la Empresa (art. 29).* Y: *Las partes firmantes del Convenio, en el ánimo de conseguir una mayor estabilidad del empleo se comprometen, a que el porcentaje de conversión de contratos eventuales en indefinidos en el sector de Hostelería alcance el 25% y para ello acuerdan constituir una comisión integrada por un/a representante de cada Central Sindical y dos por la patronal. Que dentro del segundo semestre del 2005 realizará un estudio pormenorizado de las características de contratación del sector (art. 22).*

En el Sector del Transporte, concretamente en el CC de Transporte de Mercancías de la provincia de Cádiz (art.18), también se localizan compromisos de esta naturaleza, con porcentajes tope en torno al 30 por ciento. Tope que se aumenta aunque con carácter gradual durante los años de vigencia del convenio, en el caso del CC Transporte de Viajeros de la misma circunscripción territorial (art. 11). Entre los supuestos con mayor detalle de regulación y también de complejidad, el supuesto del CC Hostelería de Málaga (art. 44), aunque no sea específico para los trabajadores eventuales. Y es que en el mismo se establecen no sólo diferentes tablas con sus respectivos porcentajes de personal fijo y temporal, según tamaño medio de las empresas, así como reglas mínimas sobre distribución –incluidas las pertinentes normas para el cómputo correcto de trabajadores, del que se excluyen por cierto los contratados por obra y servicio determinado e interinidad, pero no los autónomos–, sino que se crea una especie de bolsa de trabajo según los datos aportados por cada empresa, con gestión provincial, el Servicio Andaluz de Contratación Hostelera (S.A.C.H.), a efectos de facilitar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en cada una de las empresas del sector[23].

Sectores productivos como el campo o la hostelería, donde el peso de la contratación eventual es más que mayoritario, se convierten claramente en modelos de referencia. En el primero de ellos los ejemplos abundan entre los CC provinciales, con cláusulas en las que se señala que se adquiere la condición de fijo por parte del trabajador eventual *una vez transcurrido un año de servicio ininterrumpido o con interrupciones inferiores a quince días consecutivos*. E, incluso en algún caso, *a los once meses si no existe interrupción*. Así lo establecen CC del ramo como Almería (art. 13), Cádiz (art.10), Huelva (art. 6) o Sevilla (art. 11). Menos exigente es el texto acordado para la provincia de Jaén (art. 7) al atribuir la condición de trabajador fijo a temporeros y eventuales *una vez transcurridos seis meses de trabajo ininterrumpido en la empresa*, no considerándose que exista interrupción cuando las soluciones de continuidad sean inferiores a quince días consecutivos.

Otra forma de regulación es la que encuentra su apoyo directo en la dicción positiva del art. 15.7 ET, de acceso a una condición de trabajador fijo que en

[23] Junto a este tipo de contenidos, también resulta relativamente fácil localizar otros claramente vinculados, como los que establecen criterios objetivos de conversión o transformación en indefinidos. En algunos supuestos el acuerdo englobará toda clase de contrato temporal previo, pero en los preceptos más específicos lo que se va a articular es la relación especialmente estrecha que guardan estas situaciones de eventualidad con las propias de la adquisición de la condición de trabajador fijo–discontinuo, así como el estatuto jurídico de éste. Esta última indicación, de extraordinario relieve para la negociación colectiva –pese a que no se afronta aún en toda su intensidad– encuentra su razón de ser en la ausencia de una regulación normativa mínima, pero excede con mucho el escenario que ahora se plantea por lo que baste con dejarlo apuntado.

principio no ha de corresponder necesariamente, más que como reacción a una extralimitación o incumplimiento previo. Es decir, no se trata de reconocer una transformación directa por una única relación contractual, aunque pueda ser dilatada en el tiempo, sino por la concatenación y reiteración de varios contratos. Algo extraordinariamente útil para adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo, pues la celebración de varios contratos eventuales y de temporada es la mejor vía de acreditar o constatar el carácter permanente de un puesto de trabajo. Esta opción, como se decía, aparece entre otros en el ámbito Hostelero. Normalmente la transformación será directa u objetiva a partir de un determinado llamamiento, el segundo o el tercero, siempre referido a la misma persona, para el mismo puesto de trabajo o con la misma clasificación profesional, pero siempre que se corresponda con distintas campañas o temporadas. Así, en el CC Almería (2007–2009) se recoge[24] que: *Los trabajadores eventuales que hayan prestado servicios para una misma empresa y en el mismo puesto de trabajo durante tres periodos consecutivos adquirirán la condición de fijos–discontinuos. Los trabajadores fijos–discontinuos deberán ser convocados a partir de 1 de marzo y antes del 1 de junio de cada año* (art.15).

El caso del CC de Hostelería de Málaga (2006–2009) también se ha de resaltar pues parece desplegar sus efectos respecto de situaciones ya perfeccionadas, más que por realizar. Y es que su art. 45.2 precisa que: *Adquirirán la consideración de fijos discontinuos, con efectos de la fecha de entrada en vigor de este Convenio, todos aquellos trabajadores que habiendo prestado sus servicios en las empresas hayan sido contratados consecutivamente con anterioridad al 1 de enero de 2006, cuando menos los años 2003, 2004 y 2005, con contratos eventuales de duración igual o superior a tres meses ininterrumpidos cada uno de estos años. A tal efecto, se entenderán periodos ininterrumpidos cuando no hubieren transcurrido más de 15 días entre contrato y contrato eventual.*

La transformación, por último, resulta también automática y con una fórmula además que ya constaba en ediciones anteriores en lo que puede considerarse un claro precedente del actual art. 15.5 ET, en sectores como el de la CC de exhibición cinematográfica de Almería y provincia (2008–2009). En cuyo art. 13 se añade ahora una limitación a la rotación subjetiva de trabajadores en un mismo puesto, pues agotada o alcanzada esa duración mínima por un trabajador anterior, la transformación será obligatoria respecto del nuevo contratado.

[24] Een muy parecidos términos los CC Industrias del Aceite y sus Derivados de Jaén (2006-2009) y Manipulado y Envasado de Frutas de Almería (2008-2010).

4.2.5. *Otras menciones de interés. En especial: las mejoras en materia de indemnización por extinción del contrato*

En este último apartado se tratará de agrupar todas aquellas menciones que, aun siendo referidas a la contratación eventual, también algunas que puedan resultar genéricas o comunes a otras modalidades de naturaleza temporal, no hayan podido ser expuestas por razón del aspecto material que regulan, toda vez que no se centren los espacios naturales de negociación.

Comenzando precisamente por las reglas que han de resultar comunes a toda modalidad temporal que se concierte, cabe citar dos cláusulas. La primera, que se encuentra en el art. 22 del CC Limpieza de Edificios y Locales de Jaén (2007–2010), está referida a la igualdad de derechos que ha de existir entre trabajadores temporales e indefinidos. Cláusula que no resulta nada frecuente entre los textos, pese a tratarse de un derecho fundamental que ha tenido que ser reforzado por el art. 15.6 ET, el cual sólo admite las particularidades que se deriven de la distinta naturaleza temporal del vínculo, es decir, por razón del tiempo trabajado, si resultan de una manifestación directa el principio de proporcionalidad. La segunda cláusula, que se encuentra en el CC Comercio en general de Málaga (2007–2009)[25], se refiere a la limitación que puede instaurarse en el acceso a determinados puestos de los trabajadores contratados mediante la modalidad de eventual por circunstancias de la producción. Más allá del procedimiento que regula, cabe decir no obstante, que si la motivación residiera en exclusiva en el carácter temporal del contrato, ello hará, *ex* art. 28 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que haya de extenderse a todos los trabajadores comparables que, a estos efectos, serán todos los que tengan una relación de duración temporal determinada.

Pero si de lo que se trata ahora es de resaltar los compromisos más enriquecedores que muestra la reciente experiencia negocial, los ejemplos han de ser sin duda otros[26]. Ello representa el derecho de veto que se reconoce a las

[25] *Las partes firmantes de este convenio acuerdan que no se podrá utilizar la modalidad de contratación eventual para aquellas categorías que por contar con un riesgo especial, hayan sido catalogadas por el Comité de Seguridad y Salud de la empresa, de composición paritaria, o en su defecto por acuerdo entre los delegados de salud laboral y los empresarios, como excluibles* (art. 36).

[26] De los más llamativos los incluidos en anteriores ediciones de textos como los del sector del Mueble de Cádiz, en el que se trataba de incentivar la contratación indefinida de trabajadores mediante un sistema de penalización económica a la empresa que recurría a la contratación eventual. La penalización, que adoptaba la forma de recargo sobre la masa salarial, reportaba directamente en beneficio del trabajador contratado con una clara funcionalidad de incentivar el empleo estable, razón suficiente como para no tener que ser cuestionada a la luz de la citada regla del art. 15.6 ET. El modelo preveía un aumento salarial completo y no sólo respecto de determinadas

organizaciones sindicales firmantes respecto de determinadas contrataciones eventuales que se realicen. Concretamente, las que se articulan a través de una empresa de trabajo temporal, hasta el punto de que su visado y autorización previa llega a condicionar la propia validez del contrato –por lo que ha de entenderse entonces que opera una contratación sin causa o cesión ilícita, para aplicar entonces sus consecuencias directas a la calificación de la relación, más que entender que se haya constituido un nuevo tipo infractor por parte del convenio colectivo–. Su singularidad resulta potenciada si se tiene en cuenta que aborda un capítulo, el del reforzamiento de los derechos de información y participación de los representantes de los trabajadores que, pese a la dicción de los arts. 8 y 15.4 ET, tampoco es que provoque excesivos pronunciamientos entre los convenios. El precepto en cuestión, en el CC Interprovincial del sector del Auto–taxi (2009–2010), establece que: *Las contrataciones eventuales efectuadas a través de empresas de trabajo temporal, necesitarán la autorización y visado de los Sindicatos firmantes (UGT y CC.OO.) para su validez* (art. 15).

Muy próxima por razón de la materia, reforzamiento de derechos de información y límites a la contratación de duración temporal determinada a través de las empresas de trabajo temporal, resulta también la cláusula del art. 38 CC Comercio en General de Málaga. En ella se va a reducir de forma algo drástica la duración máxima del contrato eventual, al tiempo que incluye topes específicos para este tipo de trabajadores en relación al volumen de plantilla, pero no tanto para evitar la contratación temporal, como la intermediación de este tipo de empresas[27].

---

partidas, ni siquiera una vez que se extralimitaba un número prefijado de jornadas –tal como ocurre en el CC Vid de la misma provincia gaditana–, sino con carácter general. Modelo que se formalizaba en estos términos: *El personal eventual al servicio de las Empresas y el que fuera admitido en las mismas durante la vigencia de este Convenio, tendrá derecho a las retribuciones asignadas a su categoría profesional, en el artículo 6º y al plus de transporte del artículo 9º, todo ello incrementado con el 25% como compensación a su no–adscripción a la plantilla de trabajadores fijos de la Empresa. Además, tendrán derecho a percibir proporcionalmente a los días trabajados durante el año las gratificaciones establecidas en los artículos…, incrementadas con el 25%, y las vacaciones del artículo…*

[27] *Las empresas usuarias deberán entregar a los representantes de los trabajadores una copia de los contratos de puesta a disposición que se efectúen entre la Empresa Usuaria y la Empresa de Trabajo Temporal.*

Cuando se utilice el contrato de puesta a disposición de las ETTs para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, dichos contratos no podrán superar la duración de un mes, transcurrido dicho periodo, si permanecen las necesidades que los originaron en igual o similar categoría, la empresa usuaria solo podrá cubrir este puesto mediante la contratación realizada de forma directa por ella a través de la modalidad establecida para ello en el artículo 15 del ET y regulada en el artículo 33 A) de este convenio.

El número máximo de trabajadores con contrato de puesta a disposición que pueden prestar servicios en la empresa usuaria no podrá superar en ningún momento el 10 % de los trabajadores de la empresa en ese momento.

Un segundo tipo de pronunciamiento que, aunque común a toda modalidad de contratación, adquiere especial relevancia en el caso del contrato eventual es el relativo al requisito de la forma escrita que han de revestir los contratos. Toda vez que *ex* art. 8.1 ET, ello sólo resulta exigible si se superan las cuatro semanas de duración. La cláusula tipo, en el V CC Interprovincial del Personal Laboral de las Universidades Públicas Andaluzas (2007–2009), si bien, y para este ámbito como se sabe, no deja de resultar algo superfluo al ser un principio indeclinable para todo el sector público el de la contratación formalizada.

Por lo que se refiere al capítulo de las indemnizaciones por extinción de la relación contractual, la mejora de los mínimos establecidos por el art. 49 ET para estos casos es también un tipo de pronunciamiento bastante frecuente entre los convenios sectoriales andaluces. De entre los modelos a distinguir, y dejando al margen los citados por cuanto que aplicables a todas las modalidades del RD 2720/1998 –CC Sector de la Construcción y Madera–, cabe referir fórmulas por las que se eleva la cuantía al equivalente a 12, 20, 24 y hasta 36 días de salario por año de servicios, aunque no siempre calculados respecto de la totalidad del mismo.

A modo de listado ejemplificativo, los casos de: CC sector de Exhibición Cinematográfica de Almería (art. 14), 12 días de salario por año; también Comercio Mayoristas (art.29), Minoristas (art.28) y Transporte de Mercancías de Cádiz (art.18); CC Interprovincial del Auto–taxi (art. 15) 20 días de salario por año; Industrias del Aceite y sus Derivados de Córdoba (2007–2009), 2 días por mes (art. 17); CC Hostelería de Cádiz (art.17), 1 día de salario por mes trabajado si el contrato supera el año, 2 días por mes si no se alcanza esa duración –al especificarse un mínimo un mes para la aplicación de estos módulos, ha de entenderse que los contratos de menor duración devengarán en todo caso las cantidades previstas en el ET, al ser de carácter mínimo relativo–; y hasta 3 días, sólo que de salario base, por mes, en el CC Confitería, Pastelería, Bollería, Tortas, Mazapanes, Mantecados y otros productos para desayuno de Sevilla (art.12.B).

Un tratamiento a resalta también sobre esta misma materia, por su falta de uniformidad, es el que se observa en el seno del sector del Metal y la Industria Siderometalúrgica. Así, mientras que los CC de Cádiz (art. 42), Granada (art. 17) y Automoción de Málaga (art. 42) reconocen 12 días de salario por año, al igual que el CC Córdoba (art. 42), aquellos lo hacen para cualquier modalidad temporal mientras que éste sólo recoge la mejora para el contrato eventual. En clara contraposición al CC Jaén (art. 20), en el que la indemnización se reduce al mínimo legal y, sobre todo, al más reciente, el de Sevilla, en el que se adopta una fórmula completamente novedosa al conjugar cantidades fijas y variables, en función de clasificación profesional y el tiempo de permanencia. Concretamente, dice el art.11 de este último convenio colectivo que:

El personal eventual de cualquier categoría profesional, ya esté contratado por tiempo cierto o por obra determinada, percibirá además de las retribuciones del personal de plantilla las siguientes:

a) Un 20% sobre el salario mínimo del Convenio para aquel personal cuya permanencia en la empresa no exceda de 30 días, salvo si su cese se produce durante el período de prueba o por voluntad propia.

b) Para aquéllos cuya permanencia excediera del plazo citado de 30 días, una indemnización de 7 días de las columnas A), B) y C) del anexo 1 del presente Convenio, a la terminación de sus relaciones laborales con la empresa por extinción del contrato eventual vigente.

4.3. **El contrato de sustitución e interinidad**

4.3.1. ***Concepto y régimen jurídico***

Regulado en la letra c) del art. 15.1 del ET, esta tercera modalidad de contratación estructural encuentra su razón de ser en la necesidad que surge en una empresa de *sustituir a un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo*, esto es, cuando se quiere cubrir su ausencia pero sin correr riesgo alguno sobre una posible duplicación de recursos. Su desarrollo reglamentario –arts. 4 y 5 RD 2720/1998– ha ampliado, no obstante, los supuestos por los que se permite su celebración, pudiendo incluso hablarse hoy en día de dos clases de contrato de interinidad con regímenes jurídicos incluso diferenciados. Así, de un lado se encontraría el contrato de sustitución, en el que resulta elemento determinante tanto la constatación formal del nombre del trabajador sustituido –a modo de garantía para el seguimiento–, como de la causa de su sustitución, constituyéndose ésta –su duración y la vigencia del derecho de reserva del puesto de trabajo– en auténtico término resolutorio de la relación contractual. De otro lado estaría el contrato de interinidad por vacante, en tanto que su causa justificativa se ha de hallar ahora en la necesidad perentoria de cubrir un puesto de trabajo mientras se proveen los trámites o el procedimiento más adecuado para su provisión definitiva. Sobre esta segunda variante ha de decirse que la influencia de la figura homónima del derecho de la función pública en este apartado es tan notoria y de tal magnitud, que el propio reglamento laboral de desarrollo va a diferenciar a su vez el régimen jurídico aplicable según que la empresa esté sometida a las prescripciones propias del procedimiento administrativo –impuestas por los principios constitucionales de publicidad, mérito, igualdad y capacidad–, o no, imponiendo en este segundo caso un término máximo al contrato de sólo tres meses de duración.

Estos caracteres estructurales hacen que, cuantitativamente, todos los guarismos referidos a esta modalidad no resulten para nada equiparables a los

del contrato eventual o de obra o servicio determinado. Por cuanto que la causalidad se configura de una forma mucho más cerrada, al igual que su entero régimen jurídico, resulta en definitiva un terreno poco propenso a la incursión de la negociación colectiva. No obstante ello, hasta 45 convenios sectoriales de los vigentes en 2008 abundan en su régimen jurídico. En la mayor parte de las ocasiones para reiterar las previsiones estatutarias, a veces para aclarar y ampliar las situaciones que justifican su utilización –auténtica virtualidad de la negociación colectiva en este terreno, en virtud de la habilitación que se realiza *ex* art.4. RD 2720/98–, pero en otras, para abordar directamente mejoras al régimen mínimo, sea en el sentido de favorecer la continuidad en la empresa del trabajador interino, sea en las consecuencias de su cese. Nótese, por ejemplo, que esta modalidad contractual, al igual que las formativas, no devenga tampoco la indemnización prevista en el art. 49 ET.

Aun a riesgo de resultar reiterativo, no está de más recordar tampoco que tras las pertinentes modificaciones legislativas es pacífico que el contrato de interinidad no está sometido a condición resolutoria sino a término, de forma que se extingue en el momento en que se produce el decaimiento de la causa que dio lugar a su origen, esto es, el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

4.3.2. ***Principales contenidos de la negociación***

Obviando ahora que el centro de atención es la negociación colectiva sectorial y, por tanto, que el grueso de los convenios del sector público –vgr., referidos a corporaciones municipales y empresas de titularidad pública– se residencian en el nivel funcional de empresa, no sorprende decir que el tipo de pronunciamiento más frecuente que se regula es el que tiene por objeto el contrato de interinidad por sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo. Como excepción, la cita del CC Interprovincial del Personal Laboral de las Universidades Públicas Andaluzas (art.24.1).

Sobre esta modalidad de contrato, dos tipos de cláusulas van a ser las que se incluyen en los textos negociados. De una parte, las que identifican o expresan cuáles son las situaciones que generan el derecho a la reserva del puesto y, por ende, que justifican la celebración del contrato de interinidad; y de otra, las que avanzan las consecuencias del decaimiento del derecho, la continuidad del trabajador sustituto o la no reincorporación del sustituido. Comenzando por las primeras, se ha de decir que cabe a su vez subdividirlas en dos grupos. Uno estaría constituido por aquellas cláusulas que explicitan las causas de sustitución con una especie de lista cerrada o por referencia a concretos preceptos estatutarios, con lo que ello supone del riesgo de la omisión y su consiguiente desplazamiento a otras modalidades, fundamentalmente, hacia el contrato eventual. El ejemplo, en el CC Garajes de Almería

(2007–2009), cuyo art. 20 establece que: *b) El contrato de interinidad regulado en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores permitirá sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en los supuestos previstos en los artículos 37, 38, 40, 45 y 46 de dicho Estatuto.*

La otra variante, algo más común, la constituye la mención de las causas justificativas mediante una lista abierta o ejemplificativa y con una fórmula de cierre al uso. En este grupo estarían CC Panaderías de Cádiz (art. 33), CC Transporte de Mercancías (art.16) también de Cádiz o el CC Industrias del Aceite y sus Derivados de la provincia de Córdoba, en los que no obstante se termina también cercenando bastante las posibilidades prácticas de la sustitución, pues se reservarán sólo a las situaciones que provean los trabajadores fijos de plantilla. Y es que como señala el art. 17 de este último: *2. – Contratos Interinos: Son los que ingresan en las empresas expresamente para cubrir la ausencia de un trabajador fijo en situación de excedencia, Servicio Militar, enfermedad o situación análoga, que cesarán al reincorporarse el titular, sin derecho a indemnización alguna.*

Justo lo contrario de lo ocurre en algunos textos del sector de Hostelería, en los que se prevé como causa la necesidad de cubrir la ausencia obligatoria de otro trabajador sin mayor especificación (CC Granada, art. 9) e, incluso, por razón de una situación de excedencia voluntaria (CC Málaga, art. 42). Este convenio prevé también la posibilidad de que el trabajador interino alcance de un modo extraordinario la estabilidad en su relación laboral, pues contempla con cierto detenimiento las peculiares situaciones que producen los largos procesos de incapacidad temporal, así como su posible conversión en una incapacidad permanente con derecho a reserva de puesto de trabajo, *ex* art. 48.2 ET, señalando al respecto que:

2. Se podrá celebrar esta modalidad contractual para la sustitución de un trabajador en situación de incapacidad temporal, finalizando la relación laboral como consecuencia de la recuperación y alta médica del trabajador sustituido.

3. Si el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, el contrato de interinidad se prorrogará hasta un máximo de dos años mas coincidiendo con el derecho a reserva de puesto de trabajo del trabajador sustituido en los términos y condiciones fijados en el artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Si transcurridos esos dos años el trabajador sustituido continúa en situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez, la empresa vendrá obligada a celebrar con el interino un contrato de la misma naturaleza que tenía el trabajador sustituido, si bien la antigüedad se computará desde la fecha en la que se declaró inicialmente la incapacidad permanente –en los grados citados– del trabajador sustituido.

Si durante esos dos años se produjese la revisión de la incapacidad y se dejase sin efecto la declaración de dicha incapacidad con reingreso en la empresa del trabajador sustituido, cesará el trabajador sustituto contratado como interino.

El segundo tipo de cláusulas[28] a destacar es el que constituyen las reglas sobre el cese y su vinculación a los diferentes supuestos que pueden provocarlo. Entre los preceptos más significativos el art. 20 CC Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería (2007–2010), al no limitarse a aplicar la presunción del art.8.2 RD 2720/98 –como hacen, por ejemplo, los CC Panaderías de Cádiz (art. 33) y Confitería, Pastelería, Bollería, Tortas, Mazapanes, Mantecados y otros productos para desayuno de Sevilla (art.11.C)–: *Interinos: Son aquellos trabajadores que son admitidos para sustituir a los trabajadores fijos y fijos–discontinuos, afectándoles el horario y la clasificación profesional, así como el desempeño de trabajo que el sustituido realizara. Caso de que el trabajador sustituido no se reincorporara el trabajo, aquel ocuparía su plaza con preferencia a cualquier otro trabajador.*

BIBLIOGRAFÍA

- Agis Dasilva, M., "La interpretación jurisprudencial del objeto del contrato para obra o servicio determinado", en Revista de Derecho Social, 3/1998.
- Ballester Pastor, Mª A., "La jurisprudencia del TS en torno a la concatenación contractual: declaraciones de principios y quiebras en un contexto de precariedad laboral". Aranzadi Social, 9/ 2000. Y, "El contrato eventual por circunstancias de la producción con prestación laboral y retribución intermitente: el trabajador eventual a disposición o a la carta, un nuevo "invento" de la negociación colectiva. Comentario a la STSJ de Murcia de 28 noviembre 2000". Aranzadi Social, 17/2001.

[28] Distinto es también el caso del CC Limpieza de edificios y locales de Centros no hospitalarios de Granada (2005–2007), en el que se ha de resaltar el sometimiento a un término máximo de duración cuya funcionalidad no se entiende del todo bien. *Artículo 20.– Contratos de trabajo.– Todos los contratos que se suscriban a partir de la entrada en vigor del presente Convenio tendrán una duración mínima de 181 días, salvo en los siguientes supuestos: A/ Cuando se trate de sustituir a los trabajadores con reserva del puesto de trabajo (casos de enfermedad, accidente, permisos, etc.), siempre que en el contrato que se pacte se especifique el nombre del sustituido, la causa de la sustitución y que la misma no tenga una duración superior a 18 meses.*

- Calvo Gallego, F.J., "Políticas activas de empleo, subvenciones y contratación temporal: el caso de los agentes de empleo y desarrollo local", Temas Laborales, 83/2006, págs. 193 y ss.
- Calvo Gallego, F.J. y Valverde Asencio, A., Eventuales a llamada: los límites a la posibilidad de configuración de la contratación temporal por la negociación colectiva", Temas Laborales, 65/2002, págs. 191–207.
- Camps Ruiz, L.M., La contratación laboral temporal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- Fernández López, Mª F, Nuevas reglas, nuevos problemas en materia de contratación temporal, Temas Laborales, 85/2006, págs. 29 y ss.
- Gala Durán, C. y del Rey Guanter, S., Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal, RL, 1/2001, págs. 241–272.
- García Ninet, J.I. Vicente Palacio, A., Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- García–Núñez Serrano, Francisca. "El trabajo fijo discontinuo, algunas notas sobre su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social, con especial referencia al cómputo de la antigüedad", Aranzadi Social, núm. 21/2001.
- González del Rey Rodríguez, I., "Los contratos de trabajo de duración determinada (Dir. 99/70/CE)", en García Murcia, J., (coord) "La transposición del derecho social comunitario al derecho español", MTAS, Madrid, 2005, págs. 285 y ss.
- Lahera Forteza, J., *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2001, p. 74 y ss. Tb. "Límites novedosos en el encadenamiento de los contratos temporales", en Cruz Villalón, coord. "La reforma laboral de 2006", Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 46.
- López Gandía, J., Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997
- Mercader Uguina, J., La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo Blach, Valencia, 1999.
- Vicente Palacio, M.A., *El contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Tb. "El objeto del contrato para obra o servicio determinado en el sector de vigilancia y seguridad: contratas mercantiles y concesiones administrativas", en Documentación Laboral, 45/1995, págs. 117 y ss.
- VV.AA., *Los contratos temporales* (Sempere Navarro, dir.), Aranzadi, Pamplona 2004, págs. 35 y ss.
- VV.AA., *Libro Blanco sobre la Calidad en el Empleo en Andalucía: Estabilidad y Salud Laboral*, Colección de Monografías de Temas Laborales, número 24, Sevilla, 2005, CARL–Mergablum.

ORDENACIÓN Y ESTRUCTURA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

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

EXTRACTO

Con este trabajo se pretende detectar las características y particularidades que presenta la configuración salarial en el marco andaluz, lo que obliga a acotar el campo de actuación a los convenios colectivos andaluces. Las tendencias que se aprecian no son, en líneas generales, sustancialmente distintas a las que se observan en otros ámbitos; pero se intuyen algunas diferencias motivadas por las características del tejido productivo andaluz y por la importancia relativa y la preeminencia de determinados sectores de actividad (servicios, agrícola, turístico, público). En concreto, se constata un predominio de unas estructuras salariales tradicionales, configuradas por conceptos fijos frente a las más novedosas tendencias que utilizan sistemas salariales variables, que persiguen conectar la retribución con la productividad del trabajador y de la empresa. Lo curioso es que aunque los sujetos negociadores se pronuncian a favor de la renovación de las estructuras salariales, ésta no se traduce mayoritariamente en los convenios colectivos. Nos encontramos así ante una etapa de transición, en la que conviven simultáneamente dos esquemas: uno, todavía mayoritario, continuista del sistema retributivo consolidado con las ordenanzas laborales; otro, más innovador, que poco a poco se va abriendo paso, sobre todo, a nivel de empresa.

Palabras Clave: Negociación Colectiva

ABSTRACT

This work tries to detect the particular characteristics and features of the wage configuration in the Andalusian context, limiting the sphere of activity to collective agreements in Andalusia. The trends observed overall do not vary substantially from trends observed in other fields; however, certain differences may be observed which originate in the characteristic features of the Andalusian productive fabric and the relative importance and preeminence of certain activity sectors (services, agriculture, tourism and public sector). In particular, the predominance of traditional wage structures configured by set concepts can be established, as opposed to newer trends using variable wage systems which seek to link salaries to the productivity of workers and undertakings. The odd thing is that although the bargaining subjects state to be in favour of renewing wage structures, this isn't transferred, for the most part, into collective agreements. We are therefore at a transition stage, where two outlines coexist simultaneously: one, still in the majority, which continues the salary system consolidated in labour regulation; another, more innovative, which is increasingly present, especially at the level of the undertaking.

Key words: Collective Bargaining

ÍNDICE

1. Planteamiento del tema
2. La regulación salarial en la Comunidad Autónoma de Andalucía
3. La estructura salarial en la negociación colectiva andaluza
   3.1. Salario base y gratificaciones extraordinarias
   3.2. Complementos salariales
      3.2.1. Por circunstancias personales
      3.2.2. Por el trabajo realizado
      3.2.3. Por la situación y resultados de la empresa
      3.2.4. Otros
   3.3. Percepciones de naturaleza no salarial
4. Cuantía y revisión salarial
5. Pago y recibo de salarios
6. Clásusulas de descuelgue
7. Conclusiones

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La estructura salarial y la determinación de su cuantía constituyen uno de los principales ejes de todo convenio colectivo. Por un lado, la importancia intrínseca de la materia justifica dicho tratamiento privilegiado. Desde un punto de vista contractual, constituye la principal prestación de uno de los sujetos contratantes, el empleador, y por tanto, se encuentra en el objeto mismo del contrato de trabajo. Desde un punto de vista económico, el salario expresa el valor de la fuerza de trabajo. En su tratamiento encontramos elementos macroeconómicos y microeconómicos (a nivel de gestión empresarial). Al mismo tiempo, el salario constituye la compensación económica de un esfuerzo laboral y un instrumento de gestión de la política de personal en la empresa; y por tanto, satisface aspiraciones y objetivos empresariales: motivación, integración, control social, gestión de los recursos humanos en la organización productiva. En suma también se trata de un instrumento de regulación del sistema de relaciones laborales[1]. De este modo, siendo un elemento nuclear dentro de las relaciones laborales, se entiende que lo sea igualmente dentro de la negociación

[1] Monereo Pérez, J.L.: *El salario y su estructura después d ela reforma laboral de 1997*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, páginas 16 y 17. Esta tendencia hacia la instrumentalización del salario se acentúa, pues, como se ha señalado, "el aumento de la competitividad y la emergencia de un nuevo modelo de empresa están favoreciendo el desarrollo de políticas retributivas nuevas, caracterizadas por una transformación de la función tradicional del salario, que pierde su condición exclusiva de contraprestación del trabajo, para convertirse en un instrumento más de las políticas de recursos humanos, a través del cual se busca influir en las conductas de los trabajadores" (Sanguinetti Raymond, W.: "Salarios y negociación colectiva en España: un panorama lleno de interrogantes", *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, p. 59).

colectiva. Pero es que además, hay una exigencia legal para el tratamiento convencional del salario: el TRET atribuye a la negociación colectiva un mayor protagonismo en la determinación de la estructura salarial y su cuantía, convirtiéndose la autonomía colectiva en la fuente jurídica preferente y privilegiada para su regulación.

2. LA REGULACIÓN SALARIAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

La reforma del mercado de trabajo de 1994 afectó muy significativamente al régimen jurídico salarial, que vio como se desplazaba y quedaba situado en el ámbito de la negociación colectiva y del contrato de trabajo. Así, frente al anterior modelo de determinación heterónoma del sistema retributivo nos encontramos ante un nuevo modelo salarial que tiene su origen en la autonomía colectiva y en la autonomía individual. De esta manera, se reduce, hasta el punto de casi haber desaparecido por completo[2], el intervencionismo administrativo en materia salarial. Por tanto, quedan vacías de todo contenido las competencias que con anterioridad tenía atribuidas la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuando a la regulación y ordenación de los salarios[3]. En concreto, tales competencias, que fueron transferidas a la Junta de Andalucía mediante el Real Decreto 4043/1982, de 29 de diciembre (Anexo, B.1.4 y 5), iban referidas, por un lado, al conocimiento, en general, de los expedientes sobre implantación, aplicación, modificación y revisión o supresión de los sistemas de trabajo con incentivo, así como para la fijación o modificación de los salarios en el régimen de trabajo medido y las bases y tarifas en el no medido, cuando existieran incentivos (en el sentido entonces expresado por los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario; y el correspondiente artículo 11 de la Orden de 22 de noviembre de 1973); y por otro lado, a la autorización de modelos de recibo de salarios que pudieran utilizar las empresas y fueran distintos del que fijaba la Orden de 22 de noviembre de 1973, de ordenación del salario. Sin embargo, en el actual régimen jurídico

[2] Tan sólo se mantiene en la fijación del salario mínimo interprofesional mediante la potestad reglamentaria del Gobierno de la Nación, que lo determina con independencia de la empresa o del sector de actividad de que se trate, de las circunstancias del trabajador y de la Comunidad Autónoma en la que se desarrolle la actividad.

[3] *Vid*. Almendros González, M.A.: "Competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de contratos de trabajo", en VV.AA. (coord. J.L. Monereo Pérez y C. Serrano Falcón): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009, páginas 176 a 177.

salarial, definido por la Ley 11/1994, de la que surge el TRET de 1995, no hay sitio para la intervención heterónoma. La administración laboral andaluza tampoco detenta, hoy en día, competencia ejecutiva alguna, por lo que el vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 guarda silencio en relación con las cuestiones retributivas. La adaptación de la estructura salarial y su cuantía a las particularidades sectoriales y territoriales sólo se puede realizar vía convenio colectivo.

Con el presente trabajo se efectúa un estudio particular de la Comunidad Autónoma de Andalucía que tiene por objeto detectar las tendencias existentes en la configuración jurídica del salario y en su regulación, lo que obliga a situar nuestro análisis de la negociación colectiva en el ámbito estrictamente andaluz: convenios colectivos de empresas y centros de trabajo andaluces y convenios colectivos sectoriales andaluces, tanto provinciales como autonómicos. En líneas generales, tales tendencias no van a ser muy diferentes de las observadas en otras comunidades autónomas o en estudios generales[4], pero el presente estudio sí que nos permite constatar la situación particular de la ordenación y estructura salarial en la negociación colectiva andaluza.

3. LA ESTRUCTURA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

La definición y sistematización de los diferentes conceptos que conforman la contraprestación que el trabajador recibe del empresario a cambio de su prestación de servicios constituye un contenido clásico en los convenios colectivos de cualquier ámbito. El último de los Acuerdos Interconfederales para la Nego-

[4] Como los análisis que sobre el salario se han realizado por el Observatorio de la Negociación Colectiva en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 349 a 507; y en VV.AA. (coord. R. Escudero Rodríguez): *La negociación colectiva en España: Un enfoque interdisciplinar*, Cinca, Madrid, 2008, pp. 21 a 174. En este mismo sentido, señala Monereo Pérez, J.L.: "Contenido de la Negociación Colectiva en Andalucía", en VV.AA. (Coords. J. Cruz Villalón y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), CARL, Sevilla, 2003, p. 387, que "la negociación colectiva de Andalucía no es un ámbito geopolítico aislado del sistema general de negociación colectiva en España (…) En muchos sectores y subsectores de actividad económica existen convenios colectivos de ámbito nacional que prefiguran aspectos fundamentales del contenido negocial en todos los niveles de negociación". Todo ello sin olvidar que se produce en un mismo marco normativo de referencia, caracterizado por la flexibilización en la determinación de las condiciones de trabajo y en la recontractualización colectiva. Así, "la negociación colectiva opera sobre el marco de un garantismo legal debilitado".

ciación Colectiva, el de 2007 (ANC 2007; prorrogado para 2008; pero no para 2009, por falta de acuerdo entre los interlocutores sociales) insistía en la importancia de determinar la estructura salarial más adecuada para cada sector y empresa, dando, para ello, unas pautas generales. En concreto, recordaba que "en una economía abierta a la competencia internacional, se hace preciso afrontar cambios en las actuales estructuras salariales, avanzando en una mayor relación entre retribución y productividad". En tal sentido la negociación colectiva constituye un instrumento adecuado para establecer la definición y criterios de una estructura salarial (conceptos fijos y variables, salarios mínimos, complementos u otros) adecuada a la realidad sectorial y empresarial, teniendo en cuenta su directa relación con los nuevos sistemas de organización del trabajo y los incentivos a la producción, la calidad o los resultados, entre otros. A tal fin, en la definición de los conceptos variables "deberían tomarse en consideración criterios de objetividad y claridad en su implantación; la delimitación de porcentajes de retribución variable sobre la retribución total; los derechos de información y participación en la empresa de los representantes de los trabajadores y la consideración de las realidades específicas de cada sector o empresa".

De este modo, queda justificado un tratamiento salarial diferenciado frente a la diversidad de situaciones que podemos encontrar. Precisamente, el ámbito territorial, en este caso el de la Comunidad Autónoma de Andalucía, puede ser uno más de esos factores de diferenciación. Como recordaba el ANC 2007, "no pueden tratarse de manera uniforme las distintas situaciones, por lo que los negociadores deberán, en cada caso, tener en cuenta las circunstancias específicas de su ámbito para fijar las condiciones salariales". No obstante el factor más importante de diferenciación no es el territorial, sino el funcional. Por eso, el mayor o menor peso que tenga cada sector de actividad en Andalucía es lo que va a caracterizar las tendencias que respecto de la estructura salarial vamos a encontrar en la negociación colectiva andaluza.

En cualquier caso, el punto de partida legal (artículo 26.3 del TRET) presenta una estructura retributiva dicotómica que los convenios colectivos deben respetar: salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, y complementos salariales fijados en función de determinadas circunstancias[5]. De forma absolutamente excepcional encontramos otros

[5] A veces, el convenio colectivo transcribe literalmente la norma estatutaria. Así, de manera redundante y hasta innecesaria, el CC de Andalucía para el sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (BOJA de 26 de septiembre de 2008), en sus artículos 39 y 40 copia los artículos 26.1 y 26.2 del TRET. Otras veces se intenta dar una definición propia de los conceptos salariales (aunque sin diferir de la definición legal). Así, el CC Personal Laboral de las

condicionantes y referencias normativas para establecer la estructura salarial[6].

Así, en la negociación colectiva andaluza encontramos una gran diversidad: desde estructuras salariales muy simples, compuestas básicamente por el salario base[7], hasta otras mucho más complejas y sofisticadas, con multitud de complementos salariales de diversa naturaleza y finalidad[8]. Algunos convenios colectivos, utilizando tales conceptos retributivos, dividen el salario en dos grandes bloques: fijo (salario base y complementos salariales fijos) y variable (complementos salariales variables)[9]. Precisamente las más recientes políticas

---

Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004), tras declarar como principio general (artículo 51.1) que "la ordenación del pago de gastos de personal tiene carácter preferente sobre cualquier otro que deba realizarse por parte de las Universidades", define salario base (artículo 52) como "la retribución asignada a cada trabajador por la realización de la jornada ordinaria de trabajo, incluidos los períodos de descanso computables como de trabajo, en función del grupo de clasificación en que se halle encuadrado". Otras veces se utilizan denominaciones diversas en sustitución del concepto más consolidado de salario base, y así se habla de salario de categoría o salario unificado (como hace el CC Corporación de Medios de Andalucía, BOJA de 27 de abril de 2006).

[6] Es el caso del CC Personal Laboral Local al servicio de las Fuerzas de los EE.UU. en España (BOJA de 31 de agosto de 2002), que expresamente reconoce en su artículo 24 que la estructura salarial se define y se rige por lo dispuesto en el Anejo 8 del Convenio de Cooperación para la Defensa (Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio y disposiciones de desarrollo).

[7] Como ejemplo, el CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 octubre 2008), en su artículo 18, configura la retribución del trabajador únicamente con el salario base al que se le añade un plus de especialización.

[8] Entre otros, destaca el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002), que no sólo contempla una estructura salarial compuesta, además de por el salario base, hasta por catorce complementos salariales (artículo 58); sino que también deja abierta la posibilidad a la creación de otros complementos y pluses personales o de puesto de trabajo, que podrán acordarse por la Comisión del convenio "en su caso, cuando como consecuencia de las modificaciones de las Relaciones de Puestos de Trabajo se produzcan diferencias retributivas".

[9] Esto ocurre con el CC BSH Interservice (BOJA de 10 de octubre de 2007). En su artículo 23 distingue entre salario fijo y salario variable. El primero, el *salario fijo*, se define (artículo 24) como la cantidad mínima garantizada en Convenio para cada grupo y nivel profesional recogido en el correspondiente Anexo. Dicho salario fijo se distribuye en: 1) salario base (el salario fijo para cada grupo y nivel basado en la consideración del hecho de prestar servicios en la empresa BSHE como trabajador por cuenta ajena (se incluye en este concepto la cantidad del absorbido plus contratado y la penosidad); 2) Pagas extras, que corresponden a las dos pagas tradicionales de junio y Navidad (en cuantía cada una de ellas de 30 días de salario base); 3) complemento personal, en el que se incluyen a título individual las condiciones personales que fueran superiores a las establecidas en el presente Convenio y que puedan provenir principalmente de la existencia de Convenio aplicables a las ya desaparecidas empresas que finalmente han conformado el Grupo BSH Electrodomésticos España. Por otro lado, constituye el *salario variable* (artículo 25) las cantidades que los trabajadores pueden conseguir en base a las diferentes primas variables aplicables a cada grupo y nivel profesional y en base a complementos, orientados hacia la conse-

salariales tienden a incidir en la gestión del rendimiento y la productividad mediante complementos salariales variables. Mediante este sistema de retribución variable se van a producir inevitables diferencias salariales entre los trabajadores (incluso los de una misma categoría o grupo profesional), lo que a veces se trata de justificar (y explicar) de forma expresa. Es el caso del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009), cuyo artículo 21, establece una declaración programática (que califica como "política general" del régimen retributivo) en la que se manifiesta que "las condiciones económicas pactadas en el presente Convenio Colectivo constituyen garantías generales de carácter colectivo, pero las condiciones efectivas de remuneración de un productor determinado o de un grupo de productores, tanto en conceptos fijos como en conceptos variables, pueden venir en muchos casos influenciados e incluso determinadas por circunstancias de carácter histórico o excepcional, así como por otros aspectos relacionados con la eficacia, calidad y rendimiento en su trabajo individual por lo que dichas condiciones específicas no constituirán argumento válido ni precedentes para peticiones de carácter comparativo".

En cualquier caso, lo normal es que el salario (conformado tanto por el salario base como por los complementos fijos y variables) con el que se remunera al trabajador por los servicios prestados sea en metálico. En contadas ocasiones una parte del mismo conlleva la retribución en especie. De hecho, los

---

cución de una mayor calidad y productividad en los servicios. Así por un lado, están configuradas por primas: 1) Primas para Funciones de Reparación y Asistencia (Grupo 4, Nivel D), como la Prima Mensual de Facturación Fuera y Dentro de Garantía, la Prima Mensual de Calidad Q Calipso (que tiene su apoyo en el sistema de calidad que la empresa ha denominado como Q Calipso, y que mide mensualmente determinados factores de calidad), la Prima Mensual de Rentabilidad (que se calcula una vez que se ha aplicado el llamado "ajuste por días no trabajados"), Primas para funciones de reparación y asistencia del Grupo 4 Acoge, y Prima de Vacaciones (que será la media de todas las primas variables cobradas en los tres últimos meses); 2) Prima Mensual Función Reparación Taller (para los que realicen funciones de reparación de aparatos pero no de asistencia, contabilizándose la calidad y la productividad); 3) Prima Función Almacén y Mostrador (en función de las ventas de repuestos por mostrador); 4) Prima Anual Resto Funciones de Niveles No Exentos; 5) Primas Resto Funciones de Niveles Acoge; y 6) Prima Colectiva de Compromiso y Participación, pensada para compensar y afianzar la sustitución de la desaparecida antigüedad, factores por cada centro de trabajo como el descenso de siniestros de vehículos, descenso de accidentes laborales, cuidado de herramientas, aportación a programas de sugerencias o participación (TOP IDEA), reducción de stock de repuestos, reducción de canjes, reducción de quejas internas BSH por elaboración de boletines u otras similares. Por otro lado, el salario variable también queda configurado por complementos, como: 1) la Gratificación Extraordinaria que la dirección podrá establecer y abonar en aquellas situaciones de rendimiento o actuación excepcional que considere; 2) el Retén de Emergencia en Fin de Semana; y 3) la Prima por disfrute de vacaciones fuera de los meses de junio a septiembre. Curiosamente, también incluye dicho Convenio Colectivo las dietas entre las cantidades que componen el salario variable.

convenios colectivos que utilizan la modalidad de salario en especie son minoritarios dentro de la negociación colectiva[10].

3.1. **Salario base y gratificaciones extraordinarias**

El salario base es el componente retributivo más importante. El análisis de la negociación colectiva en Andalucía confirma que la mayoría de los convenios optan por regular las retribuciones salariales por unidad de tiempo. El módulo temporal utilizado mayoritariamente es el mensual; y, en muchos casos, calculan también la cuantía anual[11]. En menor medida se utiliza la referencia diaria[12]. Y los convenios claramente minoritarios son aquellos que determinan la cuantía del salario base por horas. En ocasiones un mismo convenio utiliza distinto módulo temporal de referencia según el colectivo afectado[13]. Igualmente son los menos los convenios colectivos que recurren a la determinación del salario por unidad de obra[14].

[10] El 11,94 por 100 de los mismos, según los datos que aporta la *Memoria del CARL 2007 (La negociación colectiva en Andalucía.)*, páginas 313 a 315, que además manifiesta cómo éstos se concentran mayoritariamente en actividades de Hostelería (65,50 por 100), Alimentación (41,54 por 100), Agricultura (12,50 por 100) y Cemento (11,76 por 100). Uno de esos pocos que contienen previsiones al respecto es el CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) que contempla como salario en especie la utilización de vehículos de la empresa para usos privados (artículo 19) o la entrega de cerveza sin cargo (artículo 23): "la entrega gratuita de cerveza, por tener la consideración de retribución en especie se encuentra sometida tanto al régimen jurídico tributario de aplicación como al de cotización a la Seguridad Social".

[11] Con cierta frecuencia, las tablas salariales determinan el salario base por mes y año (por ejemplo, el CC Aguas para riegos, BOP Granada de 9 de octubre de 2006; CC Cervezas Alhambra S.L., BOP Granada de 22 de mayo de 2007)); otras veces, sólo recogen la cuantía anual (caso del CC Cetursa, BOP Granada de 28 de abril de 2008).

[12] Por ejemplo, el CC Autotaxi Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 27 de junio de 2007), en su artículo 18 establece el salario base en módulo diario (20,16 euros).

[13] Así, el CC Aricemex (BOJA de 12 de abril de 1997), y en el mismo sentido, el CC Hormicemex (BOJA de 12 de abril de 1997), distingue a la hora de determinar el salario base entre *trabajadores* (que lo devengarán por día natural y por un rendimiento normal y correcto, para cada nivel y categoría, deduciendo las posibles faltas o permisos no retribuidos) y *empleados* (por importe mensual).

[14] En resumen, el 89,75 por 100 de los convenios analizados (*La negociación colectiva en Andalucía. Memoria del CARL 2007*, páginas 303 a 313) fijan el salario por unidad de tiempo, abarcando dicho porcentaje a casi el 100 por 100 de los trabajadores y empresas afectadas (el 96,09 por 100 y el 97,66 por 100, respectivamente). Entre éstos, el módulo salarial diario es regulado en un 17,23 por 100 de los convenios (153 de los 887 analizados), mientras que regulan la cuantía del salario acogiéndose a un módulo mensual el 72,64 por 100 de los convenios (que representan el 76,90 por 100 de las empresas y el 77,67 de los trabajadores). También consideran la determinación del salario en bloque anual en un total de 241 convenios. En cambio, sólo el 4,50 por 100 de los convenios fijan la retribución por horas. Por su parte, sólo el 3,49 por 100 de los convenios colectivos optan por la determinación del salario por unidad de obra.

La práctica totalidad de los convenios colectivos andaluces determinan la cuantía del salario base mediante *tablas salariales* (normalmente en forma de Anexo). Recordemos que el salario se determina básicamente en función del trabajo realizado (aspecto cualitativo) y de la cantidad del mismo (aspecto cuantitativo). De este modo, la clasificación profesional del trabajador (que define las funciones y tareas que constituyen el contenido de la prestación de servicios objeto del contrato de trabajo) determina en gran medida la retribución, y en concreto, el salario base. En las tablas salariales, precisamente se conecta la clasificación profesional con la retribución, asignando una determinada cuantía retributiva a cada grupo o categoría profesional[15]. En la mayoría de los casos, todavía es a la tradicional "categoría profesional" a la que se asigna el salario base. No obstante, la tendencia que se aprecia es que a medida que se vayan revisando los sistemas de clasificación profesional, adaptándolos al nuevo concepto de grupo profesional (más amplio y flexible que la categoría), las tablas salariales van a utilizar como referencia para determinar el salario base dichos grupos profesionales[16].

Por otro lado, muchas tablas salariales prefieren hablar de niveles retributivos en lugar de recurrir directamente a elementos clasificatorios. No obstante, ese nivel retributivo, que carece de delimitación legal, puede presentar dos perfiles[17]: 1) Ser el resultado de una valoración de puestos de trabajo realizada verdaderamente conforme a un método de evaluación de tareas, que asigna a cada puesto de trabajo un determinado nivel salarial; y así, al trabajador se le retribuye, con independencia de la clasificación profesional (del grupo o categoría a los que

[15] Algunos convenios colectivos reconocen expresamente esa conexión directa entre clasificación profesional y salario. Así, el artículo 42 del CC del sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos (BOJA de 26 de septiembre de 2008) define salario base como "la parte de la retribución del trabajador fijada por unidad de tiempo o de obra, en función de su clasificación profesional" (mientras que los complementos salariales son las cantidades que, en su caso, deban adicionarse al salario base). A título meramente ejemplificativo, determinan el salario base por categorías profesionales, entre otros, los convenios siguientes: CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008), CC Aguas para riegos (BOP Granada de 9 de octubre de 2006), CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008), CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006). En cambio, lo hacen según el grupo profesional del trabajador: CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007), CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004).

[16] Aunque esto no siempre sea así, pues hay casos en los que sorprende cómo tras definir un novedoso sistema de clasificación profesional en virtud de grupos profesionales, sin embargo, la determinación del salario se sigue realizando conforme a la categoría profesional a la que pertenecía el trabajador (por ejemplo, el CC Valeo Iluminación Martos-Jaén).

[17] Vid. Almendros González, M.A.: "Estructura salarial y clasificación profesional", en VV.AA. (Coord. R. Escudero Rodríguez): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, páginas 449 a 452.

pertenezca), conforme al puesto de trabajo que en cada momento ocupe. 2) Configurarse como un elemento clasificatorio complementario y accesorio a los principales (grupo y categoría), al convertirse en una simple agrupación de grupos o categorías profesionales a las que se le asigna una misma cuantía salarial[18] o en una subdivisión interna dentro del grupo o categoría.

Muy raramente se recurren a otros criterios, distintos a los estrictamente profesionales, para determinar el salario base. Así acontece con el artículo 11 del CC Actividades Agropecuarias Málaga (BOP de 24 de junio de 2005), que distingue para fijar el salario base únicamente entre fijos y eventuales, y dentro de cada uno de éstos, entre cualificados y no cualificados.

Por otra parte, en el salario se incluyen legalmente unas *gratificaciones extraordinarias* (que paradójicamente dejan de ser "extraordinarias" precisamente por exigirse por el artículo 31 del TRET). Las pagas extraordinarias tienen naturaleza salarial, pero existen discrepancias acerca de si, dada su configuración estatutaria, se integrarían dentro del salario base[19], o, si por el contrario, constituyen un complementos salarial[20]. De lo que no hay duda es que se tratan de percepciones económicas de vencimiento superior al mes.

Sea como fuere, el artículo 31 del TRET reconoce el derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una a percibir en Navidad y la otra cuando se fije por convenio colectivo o acuerdo de empresa, y en la cuantía fijada por la negociación colectiva. De esta manera, se produce un llamamiento claro a la negociación colectiva. La regulación los convenios colectivos andaluces de tales pagas extraordinarias incide básicamente en cuatro aspectos[21]: 1) recono-

[18] Así, el CC Abbott Laboratorios, S.A. (BOP Granada de 9 de julio de 2007) utiliza cinco niveles salariales. El CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006), artículo 9, define seis niveles profesionales que agrupan cada uno de ellos las categorías profesionales recogidas en el anexo. Sin embargo, tales niveles sólo tienen valor a efectos salariales.

[19] Cosa que mayoritariamente admite la negociación colectiva andaluza. Así, el artículo 22 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009), tras definir el salario base como el asignado a todo y cada uno de los niveles y que corresponde al que cada empleado percibirá en función del nivel que ostente, admite que la cuantía anual del salario base se abonará en 14 pagos iguales (12 mensualidades y 2 pagas extras).

[20] Así estaba reconocido la normativa anterior al TRET (Artículo 5.D del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario), y así lo ha mantenido, aunque de forma matizada, la jurisprudencia: STS de 6 de julio de 1998 (RJ 6157), STS de 18 de enero de 1999 (RJ 82), STS de 1 de marzo de 1999 (RJ 2745) o STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 4717) que distingue entre "salario base" y "remuneración básica anual" (que es donde sí tienen cabida las pagas extraordinarias).

[21] Como ejemplo, mencionamos los siguientes casos: el artículo 32 del CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008) reconoce tres pagas extraordinarias anuales (abril, julio y diciembre), equivalentes a salario base más antigüedad; el artículo 20 del CC Abbott Laboratorios, S.A. (BOP Granada de 9 de julio de 2007), tres pagas extraordinarias (sueldo base, complemento de puesto de trabajo y antigüedad), a recibir 25 de julio, 25 de

cimiento de un mayor número de pagas extraordinarias anuales a las que tiene derecho el trabajador (en tales casos, lo habitual es que sean 3 o 4; excepcionalmente encontramos hasta 6, como hace el CC Corporación Española de Transporte, BOJA de 15 de enero de 2009); 2) determinación del momento de su percepción (en ocasiones se aprovecha la paga extraordinaria para gratificar al trabajador con ocasión de fiestas locales)[22]; 3) determinación de la cuantía de la misma mediante la identificación de los conceptos salariales que la conforman; y 4) la posibilidad de prorratear dichas gratificaciones en las doce mensualidades ordinarias.

Con cierta frecuencia, se aprecia en la negociación colectiva andaluza un tratamiento conjunto de las gratificaciones extraordinarias y de las pagas de beneficios (entendidas como participación en beneficios de carácter fijo y de cuantía tasada). Ello es bastante ilustrativo de una tendencia hacia la desnatu-

---

septiembre y 25 de diciembre (que, junto con las doce ordinarias de cada mes del año, hacen quince pagas anuales); el artículo 14.3 del CC Productoras Audiovisuales de Andalucía (BOJA de 10 de marzo de 2001), tres pagas extraordinarias (Junio, Septiembre y Diciembre); el artículo 11 del CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006), contempla, además de las dos pagas extraordinarias, una Paga de Primavera; el artículo 20 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007), cuatro gratificaciones extraordinarias que se perciben en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre (haciéndose efectivas los días 15 o el primer día laborable si éstos no son laborables), siendo la cuantía de cada una de ellas el importe de una mensualidad de los conceptos salariales fijos; el artículo 10 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008), que contempla tres gratificaciones extraordinarias, correspondientes a 30 días en julio (coincidiendo con la fecha de 16 de dicho mes), 30 días en la festividad de Natividad (coincidiendo con el 15 de diciembre), y 30 días en la festividad de Corpus Christi, debiendo abonarse éstos con la mensualidad correspondiente al mes de mayo (estas gratificaciones se calcularán sobre el salario realmente percibido por el trabajador en fecha inmediatamente anterior a sus devengos mensuales); y el artículo 52 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007), que reconoce cuatro pagas extraordinarias (Marzo, Junio, Septiembre y Diciembre), siendo la cuantía de las de Junio y Diciembre de salario base más la media de los pluses y complementos de antigüedad, nocturnidad, mando orgánico, disponibilidad, turnicidad, polivalencia, especial responsabilidad, idioma, productividad, penosidad recibidos en el semestre anterior; mientras que las pagas de Marzo y Septiembre se satisfarán a razón de quince días de salario base más antigüedad. No obstante, y por lo que a la determinación de la cuantía de cada paga se refiere, lo más frecuente es precisamente contemplar sólo el salario base y el complemento de antigüedad. Así, el artículo 44 del CC de estacionamiento limitado de vehículos (BOJA de 26 de septiembre de 2008), que sólo tiene previstas dos gratificaciones extraordinarias, contempla para ellas una cuantía igual equivalente a 30 días de salario base más antigüedad. En el mismo sentido se pronuncia el CC CC.OO. Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006); y el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002).

[22] Es el caso del artículo 13 del CC Comercio del Mueble Jaén (BOP de 8 de septiembre de 2008), cuando entre las gratificaciones extraordinarias se incluye una paga de 15 días de salario con motivo de la Fiesta Patronal de cada localidad. En el mismo sentido, el mencionado CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) o el artículo 20 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) que recoge entre las pagas extraordinarias una por la fiesta local de El Corpus, que se abonará diez días antes de su festividad.

ralización de las pagas de beneficios, que pierden el carácter de percepción dependiente de los resultados obtenidos por la empresa (por definición, variables) para convertirse en una paga extraordinaria más a la que tiene derecho el trabajador[23].

3.2. **Complementos salariales**

3.2.1. ***Por circunstancias personales***

Los complementos salariales determinados en función de las circunstancias personales del trabajador (y que no hayan sido tenidos en cuenta a la hora de determinar el salario base), suelen incluirse en las estructuras salariales que define la negociación colectiva andaluza[24].

Entre éstos, el más frecuente es (sigue siendo) el complemento de *antigüedad*; y eso que las tendencias actuales en las políticas salariales, sobre todo a nivel de empresa se encaminan a la desaparición de dicho complemento[25], y su sustitución por otros que retribuyan el mayor rendimiento y productividad del trabajador. La regulación convencional del complemento de antigüedad suele contemplar los siguientes aspectos:

1) Determinación del módulo temporal que se toma como referencia para generar el derecho a percibirlo. Lo más frecuente es definir trienios, pero también se utilizan bienios y quinquenios, o combinaciones de varios de estos módulos. En ocasiones, utilizar uno u otro módulo temporal depende del grupo profesional al que pertenece el trabajador. Es habitual fijar topes máximos[26]. Y

[23] El artículo 29 del CC Yogures Andaluces (BOJA de 20 de enero de 2001), confunde pagas extraordinarias y beneficios en la medida que manifiesta que las gratificaciones de julio, Navidad y Beneficios consistirán en un mes de sueldo más antigüedad; y que la paga de Beneficios se abonará durante el primer trimestre de cada año. Igualmente, el artículo 28 del CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008), reconoce el derecho a percibir tres gratificaciones extraordinarias, tomando en consideración el salario base más la antigüedad y el complemento de destino, a percibir: una en junio, otra en diciembre, y la última, en concepto de paga de beneficios, de forma prorrateada en las doce mensualidades de cada año.

[24] Se incluyen complementos personales en un 89,86 por 100 de los convenios colectivos andaluces, que tienen incidencia sobre el 98,11 por 100 de las empresas y el 98,15 por 100 de los trabajadores (*La negociación colectiva en Andalucía. Memoria del CARL 2007*, página 318).

[25] Por ejemplo, el artículo 22 del CC Willy-Zoco S.L. (BOJA de 6 de octubre de 2005) acuerda (por ambas partes) la supresión de la antigüedad en la estructura salarial a partir de la entrada en vigor del presente Convenio.

[26] El artículo 29 del CC Grupo Cruzcampo (BOJA de 27 de febrero de 1996) establece que el número máximo de bienios por antigüedad será de 12. Otras veces, el tope va referido a directamente al porcentaje que determina su cuantía, como ocurre con el artículo 17 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) que reconoce a los trabajadores el derecho a percibir aumentos periódicos por años de servicio consistente en el abono de trienios sobre la

aunque algunos convenios se manifiestan contrarios[27], se debe tomar en consideración todo el tiempo que el trabajador ha estado prestando servicios a la empresa, con independencia de la modalidad temporal utilizada.

2) Determinación de su cuantía. Se utilizan distintos modos: en gran medida, el complemento por antigüedad se calcula en función del salario base reconocido a cada grupo o categoría, normalmente calculándolo en base a un determinado porcentaje de éste[28] (pues en raras ocasiones se añade algún concepto económico más al salario base para determinar la antigüedad[29]). Excepcionalmente se recurre a otros parámetros, como el salario mínimo interprofesional[30]. Otra alternativa consiste en determinar la antigüedad en base a

---

cuantía del 7% cada uno de ellos, sobre el salario base; pero teniendo en cuenta que la acumulación de los incrementos por antigüedad no podrá, en ningún caso, exceder del 60% del salario base.

[27] Algunos convenios colectivos entienden que el cómputo de la antigüedad a efectos retributivos solo debe hacerse a partir del momento en que el trabajador adquiera la condición de fijo. Así, el artículo 23 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009) considera que serán computables los servicios prestados en período de prueba y por el personal eventual cuando éste pase a ocupar plaza en la plantilla de la empresa sin solución de continuidad. No obstante, el Tribunal Supremo (STS de 4 de abril de 2007) se ha manifestado expresamente en contra de esta condición (que los contratos se hayan sucedido "sin solución de continuidad") para generar derecho al complemento de antigüedad. En el mismo sentido, el artículo 9 del Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Productos Hortofrutícolas de Almería niega a los trabajadores temporales computar como antigüedad su tiempo de prestación de servicios; precepto respecto del cual la STSJ de Andalucía (Granada), de 1 de octubre de 2008, declara su inaplicación por ser contrario al imperativo del artículo 15.6 del TRET y admite que la existencia de varias contrataciones temporales prolongadas durante años configura una situación de los trabajadores temporales en orden a los posibles condicionamientos del complemento retributivo de antigüedad que no difieren materialmente de la situación de los trabajadores fijos. Esta misma doctrina es la aplicada por el TS, en sentencias de 16 y 23 de mayo de 2005 (RJ 5186 y RJ 5767), de 14 de septiembre de 2005 (RJ 7460), de 7, 13 y 24 de octubre de 2005 (RJ 8123, RJ 8136 y RJ 8233), de 26 de septiembre de 2006 (RJ 9037), de 1 de marzo de 2007 (RJ 4176), de 3 de abril de 2007 (RJ 3257), y de 26 y 27 de junio de 2007 (RJ 8589 y RJ 2008/105).

[28] El artículo 7 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002) contempla un complemento de antigüedad consistente en dos trienios y cinco quinquenios (5 por 100 del salario base para los trienios; 10 por 100 para los quinquenios). Igualmente, el artículo 31 del CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008) determina el importe de los trienios por antigüedad, calculando a razón de un dos por ciento del salario base correspondiente a la categoría respectiva.

[29] Como curiosidad, el artículo 40 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) dispone que la antigüedad de todos los trabajadores se retribuirá a razón del 4% por trienio sobre el salario base más los suplidos (abonándose en 15 mensualidades). Es particularmente llamativo que además este concepto que se adiciona al salario base no tenga naturaleza salarial.

[30] El artículo 11 del CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006) establece un complemento de antigüedad de un 3% sobre el SMI al cumplirse los 3 años efectivos de servicio a la empresa; un 8%, a los 6 años; un 16% a los 9; un 26% a los 14; un 38% a los 19; y un 45% del SMI a los 24 años.

una cantidad fija e igual para todos los trabajadores, con independencia de su clasificación profesional[31].

3) Determinación del momento de su devengo. Lo habitual es que los aumentos periódicos por años de servicio (en los que consiste el complemento por antigüedad) comiencen a devengarse a partir del mes siguiente de la fecha en que se cumpla cada período.

Algunas veces, la compensación al trabajador por sus años al servicio de la empresa adopta la forma de premio a la permanencia, a la fidelidad o a la constancia, dejando de tener, en tal caso, naturaleza salarial[32].

También tienen la consideración de complementos salariales por circunstancias personales los que persiguen compensar las diferencias salariales reconocidas a determinados trabajadores como condición *ad personam* o para compensar la desaparición de otros complementos personales, muchas veces, la desaparición del propio complemento de antigüedad. Tales complementos (unos absorbibles, otros no) reciben diferentes denominaciones, aunque responden a idénticos objetivos[33]. A veces, responden a un pacto colectivo con

[31] Así, el artículo 23 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009) establece para el complemento de antigüedad una cantidad única y para todos los trabajadores de 330 euros anuales por trienio, que se dividirán entre 12 para su cálculo mensual.

[32] El artículo 38 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) establece unos "Premios a la constancia" de una mensualidad para aquellos trabajadores que cumplan 15 años de trabajo en la empresa; de dos mensualidades para los que cumplan 25 años de trabajo en la empresa; y tres mensualidades, a la baja definitiva, debida a una incapacidad laboral reconocida legalmente. En el mismo sentido, el artículo 26 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) reconoce unos premios a la fidelidad y constancia de su personal en función de los años de servicio.

[33] Así, se alude al "complemento personal garantizado" (el artículo 11 del CC Aricemex, BOJA de 12 de abril de 1997; y del CC Hormicemex, BOJA de 12 de abril de 1997), de carácter personal, de diferente cuantía para cada trabajador, y que deriva de la condiciones salariales que cada trabajador tenía antes de la firma de este convenio, bien por aplicación de otro convenio, bien por reconocimiento de condiciones personales, de puesto o de prestación de servicios y que por tanto absorbe los conceptos o diferencias que pudieran existir (tal complemento tendrá la consideración de condición personal más favorable, sin que pueda ser absorbido por futuros incrementos salariales y al que se aplicará el mismo tratamiento, respecto de incrementos futuros, que al Salario Base); al "complemento personal transitorio" y al "complemento personal no absorbible (artículo 58 del CC Personal Laboral Junta de Andalucía, BOJA de 28 de noviembre de 2002), que es la cantidad que perciben para compensar la disminución que experimentaron en el complemento de antigüedad como consecuencia de la homogeneización practicada con la entrada en vigor del I Convenio Colectivo; al "complemento personal o *ad personam*" (artículo 17 del CC Compañía General de Canteras, BOJA de 10 de enero de 2008; y artículo 12 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A., BOJA 23 de abril de 2002, cuando admite que los trabajadores conservarán el complemento personal, fijo e invariable que vinieran percibiendo); al "plus de actividad" (artículo 40 del CC La Casera, BOJA de 2 de noviembre de 2000), que tiene su origen como consecuencia de la unificación de los conceptos económicos denominados Dife-

el que se pretende compensar económicamente a aquellos trabajadores que han sufrido algún cambio en alguna de sus condiciones de trabajo[34].

También encontramos *pluses de titulaciones*[35] y *pluses por idiomas*[36], aunque el reconocimiento que de ellos hacen los convenios colectivos anda-

---

rencia Masa Salarial y Plus Familiar Empresa, que ésta tenía establecido para su personal fijo y que venía abonándose mensualmente bajo tal designación; al "complemento personal único" (artículo 59 del CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía, BOJA de 23 de febrero de 2004) que retribuirá, de manera conjunta, todos aquellos complementos personales no contemplados en el presente convenio, que correspondan a derechos consolidados a su entrada en vigor (este complemento tendrá el carácter de no absorbible); al "complemento transitorio absorbible" de carácter individual que se revisará anualmente, retrayéndose de este concepto el equivalente a las subidas salariales del Convenio Colectivo, ya sean generales o individuales hasta su total desaparición; y a la "retribución complementaria" (respectivamente, artículos 38 y 24 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía; BOJA de 15 de enero de 2009), constituidas por "las percepciones de carácter fijo que bajo tal denominación a que puedan tener derecho o puedan ser asignadas a cada productor a título individual, que excedan de su salario base propio, sin que en ningún caso la empresa asuma ninguna obligación de carácter colectivo respecto a la misma", y que se abonará en 12 mensualidades (dicha retribución complementaria podrá ser absorbida total o parcialmente en el Salario Base en los casos de aumento de los mismos por cambio de nivel por cualquier razón, pero no en los casos de aumento de Salario base con carácter general ni en los casos de vencimientos individuales por antigüedad). Por otro lado, el CC Aricemex (BOJA de 12 de abril de 1997) y el CC Hormicemex (BOJA de 12 de abril de 1997) reconocen una compensación retributiva por la desaparición del complemento de antigüedad (artículo 11). Igualmente, el artículo 29 del CC Hostelería Málaga (BOP 28 de julio de 2006) expresa que los trabajadores que a la fecha de entrada en vigor del convenio vinieran percibiendo el complemento "*ad personam*" que sustituyó a la desaparecida antigüedad, mantendrán su derecho a la percepción de este concepto económico. También la Disposición Transitoria del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) tiene previsto un reconocimiento individual de retribuciones, en la medida que algunos trabajadores tienen asignados conceptos retributivos no incluidos en este convenio; y exclusivamente aquellos trabajadores que a fecha de entrada en vigor del convenio percibieran algunos de los referidos conceptos retributivos, los seguirán devengando en las condiciones recogidas para cada uno de ellos, y salvo que individualmente puedan negociar con la Dirección de la empresa lo contrario. Contempla un Plus personal 1978 y un Complemento ad personan 1995.

[34] El artículo 16 del CC Corporación de Medios de Andalucía (BOJA de 27 de abril de 2006) alude a un "Plus salarial a título personal" que es el resultado de un pacto indemnizatorio por la modificación del sistema de descanso y sólo para aquellos trabajadores que estaban a esa fecha en la empresa y se vieron afectados por dicha modificación.

[35] Así, el artículo 45 del CC Personal Docente Investigador Laboral de Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 9 de mayo de 2008) crea un "complemento mensual por doctorado" para las categorías de profesor colaborador y de ayudante en una cuantía igual al 5% de las retribuciones básicas de un profesor titular de universidad. Este complemento se abonará, previa solicitud y justificación documental.

[36] Como el plus de idiomas que contempla el artículo 50.9 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007), cuyo cálculo se realizará aplicando un porcentaje del 5% sobre el salario base. Igualmente, el artículo 10 del CC Corporación Española de Transporte (BOJA de 15 de enero de 2009), regula un "complemento por conocimiento de idiomas", pues "considerando que los servicios que presta la Empresa abarcan la casi totalidad de las localidades de la Costa del

luces es minoritario[37]. Hay ocasiones en los que resulta difícil clasificarlos dentro de los complementos personales, pues se suelen exigir para determinadas categorías profesionales en virtud de las funciones que las definen[38], y por tanto en virtud de su puesto de trabajo.

Finalmente, aparecen otros complementos salariales supuestamente determinados en virtud de circunstancias personales del trabajador, pero situados en un terreno límite y fronterizo con las ayudas y beneficios sociales. Por ejemplo, sería el caso del denominado "complemento por discapacidad"[39].

Sol y con el fin de facilitar una mejor atención a los viajeros de otras nacionalidades, se abonará al personal que en razón de su categoría profesional precise hacer uso de conocimiento de idiomas, un complemento salarial por dicho concepto de 41,11 euros mensuales por la utilización del inglés, francés o alemán". Será requisito indispensable para hacer efectivo este complemento que se acredite el conocimiento del idioma mediante Certificado extendido por un Centro o Academia de acreditada solvencia o por profesor que, previo examen efectuado después de impartido el curso de formación del idioma de que se trate, lo emita. El cualquier caso, el trabajador debe acreditar que necesita hacer uso de estos conocimientos en el ejercicio de su cometido profesional.

[37] Los pluses de titulación están contemplados en el 4,05 por 100 de los convenios, mientras que los pluses por idiomas en el 3,49 por 100 (*La negociación colectiva en Andalucía. Memoria del CARL 2007*, páginas 319 y 320). Al menos en el primer caso, esa presencia minoritaria tal vez sea debida a que el salario base se suele determinar teniendo en cuenta la titulación y formación que precisa el trabajador para desempeñar su puesto de trabajo, razón por la que no suele complementarse el sueldo adicionalmente en virtud de esa misma titulación.

[38] En este sentido, el artículo 25 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) incorpora un "Plus de ATS o DUE y Médicos" para los trabajadores que desempeñen su puesto de trabajo en función de su titulación como diplomados universitarios de enfermería o de su titulación de médico; y el artículo 17 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) regula un plus de conocimientos especiales; y el artículo 20 del CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 octubre 2008) un "plus de especialización" previsto "para aquellas categorías profesionales en las que establezca la necesidad de poseer una titulación homologada o reconocida, o por la especialización en el desempeño de la labor, y a su vez así se establezca en la definición de categorías". Igualmente, el antes citado artículo 51 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) reconoce un Plus de Idiomas, que curiosamente se incluye entre los complementos de puesto de trabajo, en la medida que se aplica al trabajador que desempeña un puesto de trabajo que requiera la aplicación de idiomas extranjeros por necesidades del servicio, los aplique a un nivel alto de conocimientos, con elevada frecuencia, e impliquen una aportación personal de importancia y con una adecuada continuidad, sin estar incluidos en las exigencias de conocimientos propios de la categoría profesional que ostente.

[39] El artículo 22 del CC Compañía General de Canteras (BOJA de 10 de enero de 2008) contempla un complemento por discapacidad a los trabajadores que, reconocido por el organismo oficial correspondiente, acrediten los grados de discapacidad que se recogen a continuación, percibirán como complemento personal las cantidades que se detallan: entre 13 y 22 por 100 de discapacidad 15 euros por mes natural; entre el 23 y 32 por 100, 21 euros; y 33 por 100 o más, 30 euros. Ahora bien, en el supuesto de que por la empresa se viniese ya abonando un complemento, ayuda o prestación que responda a la compensación de situaciones análogas a la establecida como complemento salarial por discapacidad, aquella podrá aplicar el pago de este complemento personal la cantidad que ya venga abonando por similar concepto, sin que, por tanto, se genere el derecho a un pago duplicado.

3.2.2. ***Por el trabajo realizado***

Dentro de los complementos salariales son los vinculados al trabajo realizado los que tienen una mayor incidencia en la retribución del trabajador. Entre estos complementos determinados en función del trabajo realizado se incluyen los tradicionales *complementos de puesto de trabajo*, definidos como aquéllos que percibe el trabajador por razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad profesional, que comporte conceptuación distinta del trabajo corriente (artículo 35 del CC Autoridad Portuaria de Almería-Motril, BOJA de 12 de abril de 2004). Comúnmente, tales complementos tienen en consideración las condiciones laborales nocivas, penosas, tóxicas, peligrosas, insalubres, etcétera, que de forma habitual y directa inciden en la prestación de servicios[40]. Unas veces se establecen, de forma genérica, para cualquier función o actividad que comporte tales circunstancias[41] (y que

[40] Se niega el derecho a percibir el plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad cuando los riesgos por los que se reclama no son inherentes al desempeño de sus funciones, sino que derivan de las especiales condiciones del centro en el que trabaja. Como reconoce la STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de enero de 2004, el trabajador (de mantenimiento integral de edificios e instalaciones) aunque preste servicios en un Hospital, no tiene contacto físico ni directo con los enfermos, ni con los materiales, utensilios, medicamentos y componentes médicos propios del mismo, efectuándose su prestación cuando las habitaciones de enfermos están desocupadas, por lo que no tiene derecho a percibir dicho plus.

[41] Así, el artículo 23 del CC Compañía General de Canteras (BOJA de 10 de enero de 2008) dispone que a los trabajadores que tengan que realizar labores que resulten excepcionalmente penosas, tóxicas o peligrosas, deberán abonárseles un incremento del 15 por 100 de su salario base (se abonará prorrateado en once pagas, y no tienen carácter consolidable). Por otro lado, el artículo 11 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002) regula un denominado "plus de especialidad": en razón de la mayor especialidad, toxicidad, peligrosidad o penosidad, se establece un complemento retributivo a favor del personal sanitario que desempeñe puesto de trabajo en las secciones o departamentos de radiología. La cuantía de este complemento será del 15 por 100 del salario base establecido en el presente convenio. Para tener derecho al mismo será preciso que la dedicación del trabajador al puesto tenga carecer exclusivo o preferente o en forma habitual o continua. El resto del personal recibirá mensualmente la cantidad de 42,02 euros por este concepto. Dentro del mismo sector de actividad, el artículo 18 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) establece un "complemento de especialidad" para los departamentos de farmacia, quirófano, laboratorio, UVI, lavandería, nefrología, radiología y los trabajadores que presten sus servicios con enfermos infecto contagiosos a pesar de que sea de forma causal (en la cantidad que corresponda por días de servicio). Igualmente, aunque repartiéndose esta cantidad por partes iguales, los trabajadores de taller, celadores y limpiadoras. Por su parte, el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002) contempla un complemento de puesto de trabajo: destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, responsabilidad, incompatibilidad y otros factores que comportan conceptuación distinta del trabajo ordinario, excepto los retribuidos por el sistema de pluses. Igualmente, el artículo 25 del CC Industrias del Aceite Jaén (BOP de 8 de enero de 2007) reconoce que el personal que realice trabajos excepcional-

no estén previstas ya en la determinación del salario base); y otras se configuran tales complementos específicamente para puestos de trabajo y categorías afectadas[42], lo que elimina posibles dudas en cuanto a su percepción y la litigiosidad que conlleva su reclamación. En la determinación de tales puestos afectados puede intervenir la representación de los trabajadores o los órganos específicos en materia de prevención de riesgos laborales[43].

No obstante, para evitar la "monetarización del riesgo", esto es, mantener la prestación de servicios sometida a determinados riesgos a cambio de una compensación económica, tales complementos salariales sólo irán referidas a aquellas condiciones y riesgos que no sean posibles eliminar. Algunos convenios resultan modélicos en este sentido, como el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002), cuando aclara que el "Plus de penosidad, toxicidad o peligrosidad", responderá sólo a circunstancias excep-

---

mente tóxicos, penosos o peligrosos, de los comprendidos en los que se relacionan en el convenio colectivo, percibirán la cantidad equivalente al 15 por 100 de su salario base más antigüedad. El artículo 27 del CC Yogures Andaluces (BOJA de 20 de enero de 2001) establece un "plus de cámara": "el personal que habitualmente preste sus servicios tanto en cámara fría como en cámara caliente tendrá una retribución específica consistente en 6.525 pesetas mensuales". También, el artículo 43 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) establece un plus de altura, justificado por las condiciones especiales del centro de trabajo por su situación geográfica, en la cuantía de 135,48 euros al mes. Y el artículo 35 del CC Autoridad Portuaria de Almería-Motril (BOJA de 12 de abril de 2004) reconoce un Complemento de Inmersión, para el personal que, con la titulación adecuada para los trabajos a realizar, efectúe éstos en inmersión.

[42] Por ejemplo, el artículo 9.E del CC Plásticos Andalucía de Granada (BOP Granada de 6 de mayo de 2008) contempla un "plus de cortadores", de 30,62 euros mensuales a tanto alzado. Es un plus no consolidable personalmente, por lo que cuando estas categorías de peón y peón con turnos, únicas categorías que lo devengan, dejen de prestar servicios temporal o definitivamente en las cortadoras perderán el Plus. Igualmente, el artículo 21 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) alude a un Plus de Conductor-Encargado de Remonte por día efectivo de trabajo, de 4,42 euros. El artículo 23 del CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006) recoge un "plus de ambulanciero", para compensar las condiciones especiales del servicio de ambulancias, basándose en la cualificación protocolizada por las Delegaciones de la Salud del Estado o Comunidad Autónoma, para dotar de conocimientos sanitarios a los ambulancieros, los reciclajes de formación necesarios, la conducción urgente y el esmero en los cuidados de higiene y protección personales con enfermos especiales. Por su parte el CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008) regula, además de un genérico Plus de Toxicidad (artículo 33); un Plus de Personal de Coordinación (artículo 34); y un Plus de Engrase y Limpieza (artículo 35).

[43] El artículo 50.10 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007, al regular el plus de penosidad y peligrosidad, dispone que el Comité de Seguridad y Salud, una vez estudiadas las características del trabajo a desarrollar, bien sea excepcional o habitual, propondrá a la representación de los trabajadores una relación pormenorizada de las personas afectas por este tipo de trabajos que, a pesar de tomar las medidas correctoras en materia de seguridad y salud, puedan ser perjudiciales o entrañar riesgos para su salud (se establece a este fin la percepción del 15% del salario base).

cionales, por cuanto la regla general debe ser su eliminación cuando desaparezcan las circunstancias negativas que lo justifiquen, por lo que se tenderá a la desaparición de este plus a medida que por la Administración se tomen los medios adecuados para subsanar las condiciones tóxicas o peligrosas que le dieran origen. No obstante, esta cuestión no es del todo pacífica ni ha quedado definitivamente resuelta. En algunos casos se discute si la adopción de medidas de seguridad adecuadas que eliminan o reducen el riesgo puede suponer o no la supresión del complemento salarial de penosidad, toxicidad y peligrosidad[44].

En ocasiones, encontramos complementos de puesto de trabajo (o mejor, complementos de función) que tienen en cuenta otras especiales circunstancias del trabajo, como la *disponibilidad* y la *responsabilidad*, con que se ejercen las funciones[45] o el

[44] Así, respecto del artículo 34 del CC Industria Siderometalúrgica de Almería (BOP de 3 de febrero de 2005), la STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de marzo de 2008 (JUR 323332), considera que "una vez que la empresa no solo estable un Plan de Riesgos laborales, así como un procedimiento de actuación para intervenciones de Equipos Electromagnéticos y entregó al actor el equipo de protección individual recogido en el Plan de Riesgos, y toda la información precisa en materia de prevención, con lo que el riesgo de toxicidad queda por tanto totalmente minorizado a la normalidad", desde ese momento, el trabajador no tiene derecho a percibir el plus de toxicidad correspondiente. En cambio, otros pronunciamientos han considerado que se mantiene el complemento aunque se utilicen protectores auditivos que amortiguen el ruido (STS de 12 de febrero de 1996, RJ 1012).

[45] Como muestra, el artículo 19 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009) incluye una "gratificación por responsabilidad" para los clasificados profesionalmente como Encargados de servicios y Gobernantes, de 53,14 euros mensuales que percibirán sobre su salario. El artículo 35 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009) tiene previsto un "plus de jefatura", como complemento de puesto de trabajo y como contraprestación a las responsabilidades encomendadas a los Jefes de Unidad en materia de Calidad, Prevención de Riesgos Laborales, Recursos Humanos y Materiales de su Unidad, así como la representación que le otorga la Dirección de la Empresa a su nivel de su Unidad o Centro de Trabajo, y dependiendo su cuantía del tipo de Unidad o Centro de Trabajo. Por su parte, el artículo 51 del CC TRVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) alude a un Complemento de Mando Orgánico, que retribuye las actividades y responsabilidades que se adicionen a las de la categoría profesional propia, inherentes al ejercicio de mando orgánico en la empresa; a un Plus de Especial Responsabilidad, para los que desempeñen actividades o funciones de coordinación o mando funcional u operativo, o se le exija una responsabilidad de cualificada complejidad, que, sin corresponder al mando orgánico, exceda del normal exigible en su categoría profesional; y a un Plus de Disponibilidad, para los que prolonguen o modifiquen habitualmente sus jornadas de trabajo y condiciones horarias. El artículo 18 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) crea un "plus de mandos intermedios", de 113,97 euros, para trabajadores que ostenten o reemplacen a la categoría de Jefe de Sector (plus que persigue potenciar la carrera profesional dentro de la empresa); y el artículo 19 un "plus de personal de guardia en la empresa", que se abonará por la disponibilidad del trabajador hacia la empresa: 43,44 euros por persona y noche que, a petición de la empresa, tenga que pernoctar en la estación de esquí (además, en caso de que hubiera que realizar algún trabajo en ese período de tiempo, éste tendrá la consideración de horas extraordinarias). Igualmente, el CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de

tipo de servicio que se presta[46]. Respecto de éstos merece la pena hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, hay ocasiones en las que, como resultado de una previa *evaluación de tareas y puestos de trabajo*, se reconoce un determinado complemento para cada puesto en virtud de determinados factores de valoración[47]. Por otro lado, encontramos algunos convenios que contemplan "pluses de polivalencia" que retribuyen la disponibilidad del trabajador para realizar funciones correspondientes a dos o más grupos o categorías profesionales, o simplemente, el desempeño de funciones distintas a las propias[48]. Finalmente, con cierta frecuencia los convenios colectivos contem-

---

Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004) tiene previsto un "complemento de dirección" (artículo 60), con el que se retribuye las funciones de dirección de equipos de trabajo, y/o una disponibilidad horaria distinta a la habitual. Se entiende por funciones de dirección aquéllas que suponen la asunción de responsabilidad en tareas de planificación, organización, ejecución y control. La Relación de Puestos de Trabajo de personal laboral de cada Universidad será la que determine los puestos a los que procederá su asignación. En el caso de que la Relación de Puestos de Trabajo establezca como forma de provisión de alguno de estos puestos el sistema de libre designación, la cuantía del complemento tendrá el carácter de no consolidable. En caso contrario, que el sistema de provisión sea distinto al de libre designación, será consolidable. Finalmente, también el artículo 19 del CC Corporación de Medios de Andalucía (BOJA de 27 de abril de 2006) reconoce un Plus de libre disposición, pues "por la singularidad del trabajo de redacción, este personal podrá tener libre disposición; es decir, estar a disposición de la Dirección de la Empresa, en todo momento, para cubrir cualquier tipo de necesidad informativa, con un horario variable de acuerdo con dichas necesidades"; y el artículo 14 del CC Inturjoven (BOJA de 7 de junio de 2006) recoge un Complemento de Responsabilidad que se abonará a aquellos trabajadores que se les encomienden y acepten voluntariamente la realización de tareas especiales y novedosas que requieran un alto grado de responsabilidad en su ejecución y disponibilidad horaria (complemento que no podrá superar el 25% del salario base que corresponda a su categoría).

[46] Como particularidad sectorial, el artículo 20 del CC Autotaxi de Andalucía (BOJA 27 de junio de 2007) determina que las cantidades cobradas a consecuencia de servicios prestados al público con el vehículo, tales como maletas y bultos, quedarán en beneficio de los trabajadores que lo cobren, en concepto de "plus de servicios".

[47] El artículo 42 del CC Diputación de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006) regula un "Complemento singular de puesto de trabajo" que retribuye el nivel asignado en la RTP por la concurrencia de los factores de dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad o responsabilidad. En el mismo sentido, el artículo 22.b del CC Emergencias Sanitarias 061 (BOJA de 26 de diciembre de 2007) habla de un "complemento funcional", en el que se contemplan y resumen la retribución de "todas las circunstancias y factores inherentes que concurren en el desempeño del puesto de trabajo de cada categoría". Así, específicamente considera que en el complemento funcional de los TES está incluida la responsabilidad por el mantenimiento de vehículos.

[48] El artículo 51 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) establece un Plus de Polivalencia, que percibirá el trabajador cuando desempeñe funciones distintas a la de su categoría profesional o puesto de trabajo, y siempre que éstas no sean de superior categoría (el valor de este plus se establece en el 12 por 100 del salario base). Por otro lado, el artículo 14 del CC Inturjoven (BOJA de 7 de junio de 2006) prevé un "Complemento de superior categoría" por el que se abonará la diferencia retributiva que exista entre la categoría del trabajador y la categoría que se le asigne mediante trabajos de superior categoría, durante el ejercicio efectivo de la misma.

plan específicamente el "quebranto de moneda" (con el que se compensa al trabajador por su responsabilidad frente a diferencias y errores en sus funciones de pago y cobro) como un complemento salarial de puesto de trabajo y no como indemnización o suplido[49] (que ha sido su consideración tradicional, de carácter no salarial).

Excepcionalmente, aparecen complementos salariales vinculados no tanto a las circunstancias de la prestación servicios como a las condiciones de contratación o situación formativa del trabajador[50].

También se utilizan los complementos de puesto de trabajo con la finalidad de conectar la retribución del trabajador con las funciones efectivamente desempeñadas y así diferenciarla de la de otros trabajadores del mismo grupo profesional (lo que tiene sentido cuando el salario base se determina precisamente en función del grupo profesional del trabajador). Es el caso de los denominados "complementos de categoría"[51].

Otros complementos retribuyen las particularidades con las que se presta servicios en relación con la *jornada o el horario de trabajo*. El más común de éstos es el *plus de nocturnidad*. Los convenios colectivos suelen incidir sobre este complemento en dos cuestiones: 1) Determinación de la cuantía, siendo lo

[49] Igualmente, el citado artículo 51 del CC Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) reconoce que al trabajador que maneje habitualmente dinero en efectivo de la Empresa y deba efectuar cobros y/o pagos, se le abonará en concepto de quebranto de moneda, la cantidad de 32,27 euros mensuales. También el artículo 46 del CC de estacionamiento limitado de vehículos (BOJA de 26 de septiembre de 2008) alude a un plus de recaudación, asignado a los trabajadores de cualquier categoría profesional que entre sus funciones no tengan asignada la recaudación y realicen ésta.

[50] Por ejemplo, el artículo 25 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009) define un "complemento de nivel superior" como aquel que tiene el trabajador que está en período de prueba, entrenamiento o adaptación y que es transitorio mientras dura dicho período. Su cuantía será la diferencia de retribución entre el nivel salarial del puesto para el que está efectuando la prueba y el que tenía en su puesto de origen. Este plus lo consolidará en su retribución por la superación del período de prueba o dejará de percibirlo en caso contrario.

[51] El CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004) tiene previsto un "Complemento de categoría" (artículo 55), que es el complemento destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo, en función de la categoría profesional en la que se hallan adscritos (recordemos que en este convenio el salario base se determina en función del grupo profesional en el que el trabajador se encuentra clasificado). Tales cantidades habrán de figurar en las respectivas Relaciones de Puestos de Trabajo de las distintas Universidades. Por su parte, el artículo 41 del CC Diputación de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006) define la "Categoría económica" como el plus salarial consolidable por cada trabajador dentro de su grupo profesional. El personal tendrá derecho a la categoría económica consolidada, con independencia del nivel del puesto de trabajo que desempeñe, cuando el nivel de plus de categoría de dicho puesto sea inferior; en caso contrario, percibirá el plus salarial fijado en la RPT del Personal Laboral para cada puesto de trabajo.

habitual fijarlo mediante un porcentaje aplicado sobre el salario base[52], y lo excepcional mediante una cantidad fija (ya sea distinta para cada categoría profesional o igual para todas ellas)[53]; y 2) Identificación del horario nocturno que genera el derecho a percibir el correspondiente complemento[54].

Junto con el plus de nocturnidad, suele regularse el *plus de turnicidad*, que como declaran algunos convenios tiene por objeto compensar a los trabajadores que realizan su actividad en turnos por las molestias del cambio de horarios y/o por el traslado del descanso semanal a cualquiera de los días de la semana (artículo 28 del CC Industrias del Aceite Jaén, BOP de 8 de enero de 2007)[55].

En relación con la jornada de trabajo, aparecen en la negociación colectiva andaluza otros complementos salariales cómo el Complemento de jornada de tarde o el Complemento de Jornada partida (cuando la jornada habitual es de mañana o es continua)[56]. También es frecuente encontrar complementos específicos que retribuyen por la prestación de servicios en días no laborables, en

[52] El artículo 11 del CC Aricemex (BOJA de 12 de abril de 1997) y del CC Hormicemex (BOJA de 12 de abril de 1997) fija el Plus de nocturnidad en un 25 por 100 del salario base del trabajador (caso de no trabajar las 8 horas de horario nocturno, lo percibirán a prorrata). También, el CC Actividades Agropecuarias Málaga (BOP de 24 de junio de 2005) y el CC Willy-Zoco S.L. El artículo 13 del CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 octubre 2008) y el artículo 13 del CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) establecen un Plus de nocturnidad, que tendrá una cuantía del 30 por 100 del salario base reflejado en las tablas y para cada categoría, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza. El artículo 50.1 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) fija el plus de nocturnidad en el 35 por 100 del salario base

[53] Por ejemplo, el artículo 9.C del CC Plásticos Andalucía de Granada (BOP Granada de 6 de mayo de 2008), contempla un Plus de nocturnidad cuya cuantía asciende a 150 euros para todas las categorías profesionales (incluyéndose este plus en el salario), excepto para la de peón que se encuentra distinguido específicamente entre peón con noches y sin noches.

[54] En algunos casos se amplia la definición legal de horario nocturno (aquel comprendido entre las 22 y las 6 horas, según el artículo 36.1 del TRET). Es el caso del artículo 56 del CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004), cuando dispone que el complemento de nocturnidad lo percibirán los trabajadores cuya jornada normal de trabajo se realice en el período comprendido entre las 22 horas y las 7 horas (aunque igualmente, los que realicen parcialmente su jornada de trabajo en dicho período percibirán en este concepto la cantidad proporcional correspondiente); o el artículo 21 del CC Clínica Inmaculada (BOP Granada de 9 de enero de 2009), que dispone que el trabajo de turno de noche al que va referido el complemento de nocturnidad será el comprendido entre las 22 y las 8 horas.

[55] Dicho precepto regula un plus de turnicidad o intermitencia consistente en 9,53 euros diarios para todas las categorías, por día efectivamente trabajado (la percepción de este plus es compatible con el de nocturnidad). Por su parte, el CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008) recoge un Plus de turnicidad, para todo el personal de la empresa que realicen turnos de trabajo diferentes al establecido normalmente de 9 horas a 18 horas, y será abonado en los meses en que se realice turnos (45,59 euros al mes).

[56] CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002).

días especiales o simplemente por su disponibilidad para realizarlos si fuera necesario[57].

Otra circunstancia que puede condicionar el salario es el lugar (entendida como "localidad") donde se realiza el trabajo. La anterior normativa reguladora del salario regulaba específicamente los denominados *"complementos de residencia"* (artículo 5.F del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario). El actual TRET no hace ninguna referencia a ellos, pero puesto que es la negociación colectiva la que tiene atribuida la determinación de la estructura salarial, todavía aparecen tales "complementos de residencia" en algunos convenios andaluces[58]. Muy cercanos a estos complementos se encuentran aquellos otros que tienen previsto compensar al trabajador por prestar servicios fuera de su ámbito territorial habitual[59].

De igual modo, la regulación salarial heterónoma anterior al TRET reconocía como complementos salariales los de *"calidad o cantidad de trabajo"*,

[57] Respecto de los primeros, el CC Abbott Laboratorios, S.A. (BOP Granada de 9 de julio de 2007), Plus de sábado; el CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007), Plus por trabajos en días no laborables; el CC Autoridad Portuaria de Almería-Motril (BOJA de 12 de abril de 2004), Complemento de Domingo o Festivo; o el CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006), que distingue entre plus de festividades navideñas y plus de festividades de Semana Santa. En algún caso la regulación es bastante detallada, como ocurre con el artículo 58 del CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004) cuando, en relación con el Complemento de trabajo en sábados, domingos y festivos, dispone que los trabajadores que fuera de su jornada normal de lunes a viernes presten servicios en sábados o domingos o festivos, cuando no disfruten de vivienda tendrán derecho a una compensación por cada uno de estos días trabajadores de 30 euros y un día libre o, a elección del trabajador, de 60 euros, sin día libre para servicios prestados en turno de mañana durante los sábados y de 72 euros sin día libre para servicios prestados en turno de tarde durante los sábados o en cualquier turno durante un domingo o festivo. En caso de disfrute de vivienda la compensación será de un día libre por cada jornada trabajada en sábado o domingo. Por otro lado, los trabajadores que en su jornada normal de trabajo presten servicios en sábados o domingos tendrán derecho a una compensación de 30 euros. Por otra parte, el artículo 7 del CC Corporación Española de Transporte (BOJA de 15 de enero de 2009) establece un plus especial "Feria de Agosto de Málaga" para compensar económicamente le trabajo que se realice derivado de los servicios especiales que se prestan o efectúan en la citada Feria, abonando al trabajador por cada día que efectúe tal servicio la cantidad a tanto alzado de 30 euros. Finalmente, el artículo 51 del CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007), regula un Plus por guardia localizable, para el personal que voluntariamente acepte estar de guardia durante el tiempo de descanso o en días festivos.

[58] Por ejemplo, el artículo 57 del CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004) contempla un Complemento de residencia: "los trabajadores que presten servicio en las ciudades de Ceuta o Melilla percibirán un complemento de residencia equivalente al 25 por 100 del salario base".

[59] El artículo 22.3 del CC Emergencias Sanitarias 061 (BOJA de 26 de diciembre de 2007) regula un Complemento de Traslados de pacientes fuera de la Comunidad de Andalucía, en las cuantías que se recogen en las tablas salariales.

tales como primas e incentivos, pluses de actividad, asistencia o asiduidad, horas extraordinarias, o cualquier otro que el trabajador deba percibir por razón de una mejor calidad o una mayor cantidad de trabajo (artículo 5.F del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario). En la actualidad ha desaparecido dicha referencia expresa, por lo que tales complementos deben considerarse incluidos dentro de los genéricos "complementos en función del trabajo realizado" (artículo 26.3 TRET). La negociación colectiva andaluza suele incluir, bajo distinta denominación, estos complementos en la estructura salarial.

Las *primas e incentivos de productividad* (o rendimiento) son las que tienen su causa en la obtención de un determinado objetivo o resultado por parte del trabajador (suelen ser de carácter individual). Ese objetivo puede ser desde una genérica mayor y mejor dedicación en el trabajo[60] (siendo problemática su medición y ponderación) hasta la consecución de un determinado nivel de rendimiento (siendo en este caso habitual el sistema de comisiones y

[60] Por ejemplo, el artículo 15 del CC Inturjoven (BOJA de 7 de junio de 2006) crea un "Plus de incentivos" con la finalidad de retribuir la contribución de cada trabajador para alcanzar los objetivos referentes a incrementos de productividad y la progresión en los estándares de formación y capacitación profesional, así como para incentivar al personal con el fin de optimizar la organización del trabajo, la calidad en el desarrollo de las tareas, y en definitiva la modernización en la prestación de los servicios, se crea un Fondo de Incentivos. En el mismo sentido, el CC RTVA-Canal Sur (BOJA de 22 de marzo de 2007) regula un Plus de productividad, con el que se prima al trabajador la mayor formación y calidad del trabajo (entre el 15 y el 25 por 100 del salario base mensual); el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002), un Complemento de productividad (339,72 euros, que se hará efectiva en la nómina ordinaria de octubre); y el artículo 27 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009), un complemento de productividad, a pagar en la nómina del mes de marzo, para primar el alto nivel de rendimiento y modernización de la calidad de los servicios públicos, así como la eficacia y dedicación en el trabajo (para ello, se establece un Fondo Extraordinario que se abonará como complemento de productividad de carácter consolidable). A veces se le denomina complemento de destino, como en el caso del artículo 32 del CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008), que perciben determinadas categorías profesionales por una mayor dedicación. Por último, el artículo 35 del CC Autoridad Portuaria de Almería-Motril (BOJA de 12 de abril de 2004) reconoce toda una tipología de complementos por calidad o cantidad de trabajo, que retribuirán el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinaria, el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo. La valoración de la productividad se realizará en función de circunstancias relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo. Entre éstos complementos se incluyen: Pluses de Jornada Flexible (Plus de Flexibilidad Horaria, Plus de Cambio de Turno, Plus de Irregularidad Horaria), Plus de Jornada Partida, Plus de Especial Responsabilidad y Dedicación, Plus de Especial Rendimiento en el Trabajo, Plus de Operaciones Paso del Estrecho y Operaciones Especiales, y Plus de Especial Disponibilidad (para Personal Administrativo y Mantenimiento y Talleres).

destajos)[61]. A veces se utilizan sistemas más sofisticados y detallados de evaluación del desempeño[62]. Cuando ese nivel de rendimiento va referido, de forma cuantitativa, al número de días trabajado, tales primas se aproximan a los pluses de absentismo[63]. Otras veces el objetivo puede ser más específico, como

[61] El artículo 42 del CC La Casera (BOJA de 2 de noviembre de 2000) contempla una "Prima comisión" para el personal de ventas que percibirá mensualmente el personal comercial que preste su actividad en preventa directa, por comisión de caja vendida. En parecidos términos, el artículo 15 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007), regula un Incentivo por venta para el personal comercial. También el artículo 9 del CC Caja Rural de Huelva (BOJA de 8 de junio de 2000) regula una Gratificación Especial "como estímulo a los empleados por el cobro de comisiones a los clientes". Por su parte, el artículo 15 del CC Actividades Agropecuarias Málaga (BOP de 24 de junio de 2005), se refiere a los destajos, manifestando que siempre que se contraten trabajos por tarea a destajo, se garantizará al trabajador la percepción del salario base más un 25 por 100 como mínimo. En el mismo sentido, el CC Actividades Agropecuarias Jaén (BOP de 9 de diciembre de 2008).

[62] El artículo 44 del CC Diputación de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006) regula el "Incentivo de Productividad" que se percibirá en atención a la consecución de ciertos objetivos o resultados determinados por la respectivas Áreas y/o en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo que permitan apreciar el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o el interés e iniciativa con que se desempeñan los puestos de trabajo. La asignación individual del Incentivo corresponderá a la Delegación de Recursos Humanos, con sujeción a los criterios establecidos. Las cantidades percibidas serán de conocimiento público. En ningún caso las cantidades asignadas por Incentivo de Productividad durante un período de tiempo originarán ningún tipo de derecho individual respecto a las valoraciones o apreciaciones correspondientes a períodos sucesivos. Por otra parte, define "productividad" como el interés e iniciativa individual demostrado por el personal laboral fijo en el desempeño de su trabajo con la realización de cursos de formación y desarrollo profesional directamente relacionado con su puesto de trabajo y la promoción profesional administrativa derivada del mismo. En similares términos, el artículo 22 del CC Emergencias Sanitarias 061 (BOJA de 26 de diciembre de 2007) regula unos incentivos variables con los que se retribuye el rendimiento y la calidad en el trabajo desempeñado. Su determinación está vinculada a la evaluación del cumplimiento de los objetivos marcados por la Dirección, Área o Unidad correspondiente, así como el desarrollo profesional del trabajador. La determinación de objetivos será anual. Se realizará un pago a cuenta en el mes de junio y a finales de año se evaluarán los objetivos alcanzados, liquidándose con carácter definitivo. La evaluación de los objetivos anuales se realizará a través de la ponderación de los siguientes aspectos: objetivos de empresa (25%), satisfacción de usuario (10%), contrato programa (15%), objetivos del Servicio Provincial o Área Funcional (45%) y cumplimiento de objetivos cuantificados e individuales y desarrollo profesional (30%). Todos los objetivos que sean objeto de incentivación tendrán que ser conocidos previamente (también sus criterios de valoración) y los trabajadores serán informados del porcentaje de objetivos logrados y el modelo empleado para el establecimiento de su cuantía.

[63] El artículo 20 del CC Compañía General de Canteras (BOJA de 10 de enero de 2008) regula un "complemento de actividad" que se establece, con objeto de incentivar a los trabajadores en el desarrollo de los trabajos encomendados, para todas las Categorías y Niveles, y se percibirá por día realmente trabajado de lunes a viernes de cada semana.

la observancia rigurosa de la normativa de prevención de riesgos laborales con el objeto de reducir la siniestralidad laboral[64].

Igualmente, las *primas de asistencia y puntualidad* retribuyen una especial dedicación del trabajador, pero en este caso expresada mediante su presencia física en el puesto de trabajo, con lo que se incentiva su puntualidad horaria y su falta de absentismo laboral. Los convenios colectivos andaluces que regulan estas primas (el 29,28 por 100 de los mismos) suelen incidir en los siguientes aspectos[65]: 1) normalmente aparecen reguladas de forma conjunta la prima de

[64] El artículo 21 del citado CC Compañía General de Canteras prevé una Prima de Prevención de carácter anual orientada a recompensar los esfuerzos que se realicen cara a conseguir el objetivo común de empresa y trabajadores de Cero Accidentes. Esta prima tendrá según la categoría un importe máximo por trabajador equivalente al 2,26 por 100 del salario base anual, no siéndole de aplicación la cláusula de garantía salarial.

[65] Como muestra, el artículo 33 del CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008), contempla una "prima de asistencia al trabajo" (que también lo es de puntualidad), por un importe de 11,75 euros por día efectivo de trabajo, la cual no se percibirá con motivo de ausencia injustificada, permiso para asuntos particulares y baja por enfermedad común. A los solos efectos de esta prima, el retraso en la entrada al trabajo por más de diez minutos durante dos días en plazo no superior a treinta, se reputará como una ausencia injustificada, a tal efecto. El artículo 9.D del CC Plásticos Andalucía de Granada (BOP Granada de 6 de mayo de 2008) crea un "Plus de asistencia" que se abonará a los trabajadores que no falten durante el mes más de dos veces al trabajo (sea de forma justificada o injustificada, y en cualquier caso, debiéndose recuperar el día), siendo la cuantía de 53,32 euros mensuales a tanto alzado y no fraccionable por días. El artículo 15 del CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006) pondera la cuantía de la prima según la asistencia al trabajo, disponiendo que el "Plus de asistencia" será percibido en su integridad al 100 por 100 por aquellos trabajadores, que por faltas injustificadas y/o cuyo número de días de bajas por IT sea inferior o igual a 8 días. Se percibirá este plus en un 50 por 100 cuando concurran 9 faltas al año; no percibiéndose en el supuesto de 10 o más días de falta al año. A estos efectos, se excluyen las faltas debidas a baja maternal, ingreso hospitalario, accidente laboral y permisos retribuidos. El artículo 14 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) habla de un "Plus de asistencia" de 3,90 euros por día efectivamente trabajado durante la totalidad de la jornada, computándose su abono en un máximo de 224 días al año, resultantes de detraer a los 365 días naturales del año los 141 días no laborables siguientes (52 sábados, 52 domingos, 14 festivos, 21 días laborales de vacaciones, en los que tampoco se abonará, y las jornadas de los días 24 y 31 de diciembre que el convenio reconoce como no laborables). La inasistencia al trabajo más de tres veces en un período de treinta días naturales consecutivos dará lugar a la no percepción de este plus durante todo el mes, salvo que se encuentre en los siguientes casos: por asistencia a consulta médica de la Seguridad Social, debidamente justificada, por tiempo no superior a tres horas, cada una, y con un máximo de cinco ausencias durante el mencionado período de treinta días; por baja por incapacidad temporal; por días tomados a cuenta de las vacaciones anuales; y por aquellos permisos retribuidos que conceden períodos de dos o más días. El artículo 31 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009), que paradójicamente en lugar de hablar de "plus de asistencia" (para incentivar la misma) habla de "plus de absentismo de carácter individual" (de 102,92 euros mensuales). Con carácter general al trabajador no se le computarán a efectos de pérdida del plus de absentismo: el accidente laboral, la IT con baja médica derivada de enfermedad común o accidente no laboral, la hospitalización por IT derivada de enfermedad común o

asistencia y la prima de puntualidad, conformando un complemento salarial unitario; 2) se establecen niveles y límites en la puntualidad y asistencia al trabajo para generar el derecho a percibir dicho complemento o para ponderar su cuantía; 3) se suelen especificar y definir las faltas al trabajo que, como excepciones, no cuentan como absentismo a tales efectos (y las que sí, sean estas justificadas o injustificadas); y 4) se determinan las cuantías, consistentes mayoritariamente en una cuantía fija por día efectivamente trabajado (aunque a veces también se utiliza el módulo mensual, en aquellos meses en el que se cumplen los requisitos de asistencia y puntualidad que da lugar a la prima).

Por último, y referido a una mayor cantidad de trabajo, la realización de *horas extraordinarias* suele conllevar (cuando no se compensa por períodos de descanso) un complemento salarial que expresa la diferencia entre la retribución de la hora ordinaria y de la hora extraordinaria. Muchos convenios colectivos andaluces (el 50,45 por 100 de éstos) contemplan ese incremento retributivo de la hora extraordinaria, aunque la normativa estatutaria (artículo 35.1 del TRET) sólo obliga al abono mínimo del valor de la hora ordinaria. Dicho recargo puede adoptar la forma de un porcentaje adicional sobre el valor salarial de la hora ordinaria[66] o una cuantía determinada según la clasificación profesional del trabajador[67].

---

accidente no laboral, el matrimonio, la licencia por nacimiento de hijo o adopción, enfermedad grave y/o el fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, enfermedad grave y/o el fallecimiento de un familiar de primer grado de consanguinidad, las horas sindicales, los permisos sindicales no retribuidos, las vacaciones, los días de asuntos propios o la utilización de la bolsa de horas disponibles. En cambio, no lo devengará el trabajador por cualquier falta de asistencia o ausencia al trabajo en el mes de referencia, distinto de los citados. Por su parte, el artículo 10 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002) establece un plus de asistencia y puntualidad que será percibido por los trabajadores en los términos siguientes y con carácter mensual: para la "asistencia" se requiere la presencia del trabajador durante toda la jornada laboral en el puesto de trabajo, sin excepción alguna; y para la "puntualidad", la presencia en el puesto de trabajo a la hora en punto de iniciarse la jornada laboral (se dejará de percibir dicho devengo cuando se acumulen dos faltas en el mes). Dichos pluses se percibirán en la nómina del mes siguiente al controlado. Aquellos trabajadores cuya incorporación o baja en la empresa se efectúe en el transcurso del mes, cobrarán este plus en proporción al tiempo trabajado. Su cuantía mensual será de 31,47 euros. Finalmente, el artículo 21 del CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 octubre 2008) es uno de los convenios que no exceptúa retraso, falta o ausencia alguna, en la medida que establece un plus de asistencia de 3,43 euros brutos por día efectivamente trabajado, que dejará de percibirse cuando el trabajador no acuda al trabajo, sea cualquiera la causa de esta ausencia.

[66] Por ejemplo, el artículo 10 del CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006) dispone que las horas extraordinarias se abonarán con un incremento del 100 por 100 sobre la hora ordinaria. Otras veces se llega incluso a distinguir si la jornada en la que se realizan horas extraordinarias es festiva o no. Es el caso del artículo 13 del CC Cervezas Alambra S.L. (BOP Granada, de 8 de marzo de 2005) cuando fija un incremento sobre el valor de las horas ordinarias normales, del 30%, si se realizan en días laborables y en sábados; y del 40%, si se realizan en domingos y festivos.

[67] El artículo 14 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002) recurre para retribuir las horas extraordinarias a unas cuantías, distintas según la clasifica-

3.2.3. *Por la situación y resultados de la empresa*

Entre los complementos salariales vinculados a la situación y resultados de la empresa se encuentran aquellos que se abonan a los trabajadores en función de los beneficios obtenidos por ésta, con el objeto de comprometer e interesar al trabajador en la buena marcha y productividad de la actividad empresarial. Por este motivo, son los complementos salariales que, por definición, deberían incluir la parte variable del salario. Sin embargo, y pese a la variedad de formas de retribución en función de los objetivos y resultados de la empresa que se pueden utilizar, la negociación colectiva andaluza prácticamente se limita al *"complemento de participación en beneficios"*. Ahora bien, la paga o participación en beneficios adopta en su configuración convencional dos modalidades:

1) Impropia, consistente en una cantidad fija y tasada, que se percibe periódicamente (normalmente, de forma anual), y por tanto, absolutamente desligada de la situación y resultados de la empresa. Curiosamente, la mayoría de los convenios colectivos andaluces que recogen la participación en beneficios adoptan esta variante desnaturalizada. Por eso, se suele regular junto con las gratificaciones o pagas extraordinarias de vencimiento periódico superior al mes a las que el trabajador tiene derecho (de hecho, como una más de ellas) y no entre los específicos complementos en función de la situación y resultados de la empresa[68].

2) Propia, consiste en una cuantía variable en función de los beneficios obtenidos por la actividad empresarial; y por ello, no garantizada ni consoli-

---

ción profesional del trabajador. En el mismo sentido, el artículo 34 del CC Bética de Servicios Integrales (BOJA de 29 de abril de 2004), tras reconocer que las horas extraordinarias prioritariamente se compensarán con descansos compensatorios, atribuye un valor a la hora extraordinaria por categoría.

[68] Muchísimos convenios identifican y regulan conjuntamente las pagas extraordinarias y la paga de beneficios. Por ejemplo, el artículo 11, titulado "Gratificaciones extraordinarias", del CC Plásticos Andalucía de Granada (BOP Granada de 6 de mayo de 2008) admite que en concepto de participación en beneficios se abonará a los trabajadores una bonificación extraordinaria en cuantía de la mitad de una paga extra, que se pagará conjuntamente con los salarios ordinarios del mes de marzo. Con independencia de esta gratificación se regulan dos pagas extras (15 de julio y 15 de diciembre) consistentes en salario base más antigüedad. El artículo 14 del CC Comercio del Mueble Jaén (BOP de 8 de septiembre de 2008) reconoce que los trabajadores percibirán en concepto de paga de beneficios en la primera quincena del mes de marzo, la cuantía de una mensualidad de salario base. En este mismo sentido, *vid*. nota 23, y los casos referidos en ella.

[69] El artículo 26 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009), y aunque su cuantía no se justifique en base a su naturaleza, dispone que en concepto de complemento de beneficios se abonara el 20 de septiembre el importe correspondiente a una gratificación extraordinaria anual por niveles, siempre que los resultados después de impuestos del ejercicio anterior aprobados por la Junta General de Accionistas arrojen beneficios y estos

dable, pues el trabajador sólo la percibe cuando se producen tales resultados[69]. Por su naturaleza es más frecuente encontrar este complemento salarial por beneficios empresariales en los convenios colectivos de empresa. Uno de esos convenios paradigmáticos en cuanto a la regulación de la participación en beneficios (y rico también en matices y declaraciones de principios) es el CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008). Éste contempla en forma de Anexo un "Contrato de Participación en Beneficios"[70], que tiene por objetivo "asociar el conjunto del personal a la prosperidad de la Empresa a la que contribuye con sus esfuerzos. En el caso de que los resultados sean suficientemente favorables, permite a todos recuperar parte de sus esfuerzos a través de la distribución de un suplemento de renta". Ello, "requiere el desarrollo de acciones de formación e información llevado a cabo para permitir a cada uno un mejor entendimiento de los resultados económicos de la Empresa: la evolución de los mercados de productos fabricados, las obligaciones causadas por la competencia, las consecuencias que tiene el entorno económico sobre la formación de los precios de coste, las metas y los resultados de las acciones emprendidas para aumentar la seguridad del Personal, incrementar la productividad, mejorar la calidad y conseguir ahorrar en todos los campos". Igualmente, exige "la puesta en práctica de un método de cálculo sencillo de los resultados de explotación obtenidos por la actividad de la Empresa". Además, añade que la política retributiva de la empresa se articula del siguiente modo: 1) Salarios, que, remunerando un servicio, están sometidos a las leyes del mercado laboral y son objeto de negociaciones. 2) Participación en Beneficios, pues el personal debe recibir anualmente parte del incremento de la riqueza creada y beneficiarse así de los esfuerzos comunes. Para ello, y más allá de la remuneración salarial, el personal podrá percibir una renta complementaria determinada por un acuerdo contractual. No obstante, aclara que en esta política de rentas se tendrá en cuenta lo siguiente: 1) el salario, elemento ligado a un trabajo dado, no puede variar directamente en función de los resultados anuales de la

superen el 5 por 100 de los ingresos de explotación. En caso de que los beneficios no alcanzaran dicho porcentaje, el importe a abonar en concepto de beneficios disminuirá proporcionalmente, no pudiendo ser inferior a la mitad de una gratificación anual por niveles. Igualmente, se devengará en proporción al tiempo trabajado.

[70] Dicho contrato de participación en beneficios (que tendrán una duración de un año, con posibilidad de prórroga) podrán suscribirlo todos los trabajadores que hayan acreditado más de seis meses de trabajo efectivo. El importe total de la participación en beneficios es el resultado de la aplicación de unas complejas fórmulas que se detallan en el mencionado Anexo del convenio. Se prevé la constitución de una Comisión de Seguimiento formada por miembros del Comité de Empresa. Junto con el pago de la participación en Beneficios, cada empleado recibirá una nota individual que indique el importe total de la Participación en Beneficios, así como las reglas generales de su cálculo; el desglose de su cálculo individual; y la fecha de pago.

Empresa, que, por definición, son aleatorios; pero, 2) sin embargo, cuando se crea prosperidad y riqueza, es justo y deseable que el conjunto del Personal se beneficie también de ello.

3.2.4. ***Otros***

La casuística con la que la negociación colectiva andaluza establece las estructuras salariales en los diferentes sectores y empresas provoca la aparición de complementos salariales difícilmente clasificables en alguna de las tres categorías que define el TRET, incluso a veces es más que dudosa su consideración salarial misma.

Algunos presentan un carácter de beneficio o ayuda al personal de la empresa, característico de un "paternalismo fabril" propio de otras épocas. De forma más acusada cuando se trata de premios, bolsas o gratificaciones especiales o percepciones graciables[71]; y con algunos matices en el caso de las ayudas complementarias a determinadas prestaciones de la Seguridad Social[72].

[71] El artículo 29 del CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008) reconoce al trabajador una Bolsa de vacaciones (de 79,51 euros) a percibir el mes anterior al disfrute de las mismas (tiene más bien carácter asistencial, no salarial). No obstante la STS de 21 de noviembre de 1997 considera que algunas de las denominadas "bolsas de vacaciones" pueden configurarse como salario, y por tanto integrar la base de cotización. Por su parte, el artículo 9 del CC Caja Rural de Huelva (BOJA de 8 de junio de 2000) reconoce unas pagas de carácter graciable por San Isidro, Navidad, Gratificación Especial Fin de Año. Por otro lado, el artículo 21 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) contempla una Gratificación especial "Corpus" para los trabajadores que se encuentren en alta el día de la fiesta del Corpus, en la siguiente cuantía: trabajadores con contrato de duración indefinida, 699,68 euros; y trabajadores con contrato de duración determinada, la parte proporcional de la anterior cantidad al tiempo real de prestación de servicios, respecto al año natural. Además, el artículo 22 del mismo convenio establece un premio que tiene en cuenta la permanencia o antigüedad del trabajador (a algunos de los cuales ya nos referimos en la nota 32, *vid*.) y que se denomina Gratificación Carlos Bouvard (en recuerdo al fundador): al cumplir los 15 años de permanencia en la empresa: 178,97 euros y diploma; a los 20 años, 280,70 euros y diploma; a los 25, 451,56 euros, diploma e insignia de plata; a los 30, 553,24 euros y diploma; a los 35, 646,81 euros, diploma e insignia de oro; y a los 40 años de permanencia en la empresa, 732,27 euros y diploma. En el mismo sentido, el artículo 25 del CC Corporación de Medios de Andalucía (BOJA de 27 de abril de 2006) crea un "Premio de permanencia", distinto y compatible con el de antigüedad, según el cual, cuando el trabajador cumpla 20, 30 o 40 años de servicios ininterrumpidos en la empresa, recibirá una mensualidad como premio a su permanencia (en estas pagas entrarán los mismos conceptos que en las pagas extraordinarias trimestrales).

[72] El artículo 46 del CC Diputación de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006) reconoce el carácter salarial al complemento a las prestaciones de la Seguridad Social, para los supuestos de enfermedad, accidente, baja maternal o riesgo durante el embarazo, por el que se abonará al personal laboral las diferencias que puedan existir entre la prestación económica que abona la Seguridad Social y el 100% de la totalidad de las remuneraciones que perciban mientras permanezcan en situación de IT.

Tratamiento a parte merece una peculiar figura: la prima por vacaciones[73], de la que se discute su misma naturaleza salarial.

Muchos convenios colectivos andaluces aluden a un "plus de convenio" que presenta diferentes configuraciones[74]. No suele definirse la causa que justifica su percepción, por lo que es difícil de clasificar. En ocasiones no se trata más que de una cantidad que se añade el salario base (suplementándolo). Otras, persigue compensar al trabajador por la supresión de otros complementos salariales (en el mismo sentido que ya se apuntara al tratar los complementos personales; *vid*. nota 33).

Finalmente, también encontramos algunos complementos salariales cuya presencia en la estructura salarial obedece a particularidades sectoriales. Por ejemplo, algunas empresas del sector sanitario contemplan un "plus de concierto" que incrementa la retribución de sus trabajadores mientras se disfrute de concierto con el Servicio Andaluz de Salud o sus hospitales[75]; y en algún caso, en el sector de la enseñanza, se establecen "complementos de homologación"[76].

3.3. **Percepciones de naturaleza no salarial**

La mayor parte de los convenios colectivos andaluces recogen otras ayudas o percepciones económicas que no tienen naturaleza salarial por no retribuir directamente la prestación de servicios del trabajador, es decir, por carecer de finalidad remuneradora. Algunas veces, y con buen criterio, tales ayudas se regulan al margen y separadamente de la estructura salarial; pero otras, se incluyen junto al resto de los complementos salariales, introduciendo una inne-

[73] El artículo 37 del CC Yogures Andaluces (BOJA de 20 de enero de 2001) regula una Prima de vacaciones que se pagará al personal de fabricación y al personal de venta por importe de 50.000 pesetas, y que sustituye a los incentivos que se dejan de percibir en el período vacacional (cuando real y efectivamente se disfrute del período de vacaciones).

[74] Entre éstos, el artículo 13 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007); el artículo 41 del CC Diputación de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); o el CC Personal Laboral Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002).

[75] El artículo 13 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002) aclara que este complemento será recibido mensualmente por todo el personal que permanezca en alta y en proporción al tiempo de servicio en la empresa durante el mes en que se devengue, siempre que la empresa disfrute de algún Concierto con el Servicio Andaluz de Salud (SAS) o sus hospitales. No se percibirá durante las bajas por enfermedad o accidente, faltas injustificadas o suspensión empleo y sueldo por sanción. Su cuantía se calculará repartiendo el resultado de multiplicar 1,92 euros por el número de estudios realizados durante el mes por los tres centros de trabajo que posee la empresa. El producto se repartirá entre los trabajadores con arreglo a una determinada fórmula.

[76] Artículo 61 del CC Personal Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA de 23 de febrero de 2004).

cesaria confusión[77]. Sin embargo, su tratamiento interesa a nuestro análisis por cuanto acota negativamente el concepto de salario.

En primer lugar, se encuentran aquellas cantidades percibidas por el trabajador en concepto de *indemnizaciones o suplidos* por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (artículo 26.2 del TRET). Uno de los más problemáticos es el *quebranto de moneda*, que como ya hemos analizado, algunas veces se configura como un complemento salarial por la función desempeñada y otras veces como una simple indemnización al trabajador por responsabilizarse de las diferencias o errores cometidos en el cobro o recaudación (*vid*. nota 49). Otro de los habituales es el *plus de transporte* que compensa al trabajador por los gastos ocasionados por el desplazamiento que conlleva la prestación de servicios[78]. El mismo tratamiento reciben las *dietas* por manutención o estancia, el plus de vestuario o el plus de desgaste de útiles o herramientas[79]. A veces encontramos figuras más cercanas a las indemnizaciones

[77] Por ejemplo, el CC Bética de Servicios Integrales (BOJA de 29 de abril de 2004) incorpora dentro de la estructura salarial las indemnizaciones y suplidos. Su artículo 54 aclara que la estructura salarial será la siguiente: salario base y complementos salariales, entre los que se encuentran: 1) Personales. Antigüedad; 2) De puesto de trabajo. Plus de trabajo nocturno; 3) Cantidad o calidad de trabajo. Horas extraordinarias; 4) De vencimiento superior al mes (gratificaciones de navidad y julio); e 5) Indemnizaciones o suplidos (Plus de Distancia y Transporte y Plus de Mantenimiento de Vestuario). Precisamente, a estos últimos, el artículo 59 los denomina "Complementos de indemnizaciones o suplidos".

[78] El artículo 22 del CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 octubre 2008), define el Plus de transporte como aquella cantidad que percibirá el trabajador para suplir los gastos ocasionados por el transporte y la distancia que haya de recorrer desde su domicilio hasta el puesto de trabajo (3,43 euros por día efectivo de trabajo para todas las categorías profesionales). Ahora bien, "dado el carácter compensatorio de gastos de transporte y distancia que tiene, no computará ni será tenido en cuenta para el abono de las vacaciones, pagas extraordinarias, ni para el cálculo de la antigüedad, así como tampoco para el cálculo del valor de las horas extras, y figurará en el recibo de salario es en la parte no cotizable a la Seguridad Social, y para el IRPF, solo la cantidad hasta el tope previsto por dicha normativa tributaria". En el mismo sentido, el CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008), que cuando regula el Plus de transporte, también le reconoce naturaleza extrasalarial (artículo 36). También es bastante ilustrativo el artículo 59 del CC Bética de Servicios Integrales (BOJA de 29 de abril de 2004), cuando admite que el Plus de distancia se establece como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio a los centros de trabajo y su regreso. Su cuantía es redistribuida en quince pagas. En parecidos términos: el artículo 15 del CC Centro Radiológico Computerizado S.A. (BOJA 23 de abril de 2002), que regula un plus de distancia y transporte; o el artículo 29 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009).

[79] Por ejemplo, el artículo 33 del CC Verificaciones Industriales de Andalucía (BOJA de 15 de enero de 2009) reconoce conjuntamente los gastos de locomoción, manutención, estancias y gastos de salida. Por otro lado, el artículo 59 del CC Bética de Servicios Integrales (BOJA de 29 de abril de 2004), establece un Plus de Mantenimiento de Vestuario, como compensación de gastos que obligatoriamente correrán a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario, calzado, correajes, y demás prendas que componen su uniformidad, considerándose a estos efectos como indemnización por mantenimiento de vestuario. Su cuantía, según categoría, se redistribuye en 15 pagas.

por despido, que tampoco remuneran directamente la prestación de servicios, sino que compensan al trabajador por la pérdida del empleo tras una dilatada permanencia en la empresa[80].

En segundo lugar, nos encontramos con determinadas cantidades que encajan con lo que se podría llamar "acción social de la empresa" o "beneficios sociales". La mayoría de tales ayudas se vinculan a la situación familiar del trabajador. Éstas, ya conocidas desde hace mucho tiempo en la práctica empresarial, son todavía bastante frecuentes en la negociación colectiva andaluza (sobre todo a nivel de empresa), evidenciando una especial resistencia a su desaparición. Por el contrario, lo más probable es que, paralelamente a la revitalización que tratan de experimentar las políticas públicas de protección a la familia, se mantengan, incluso se desarrollen, estas medidas de protección "privada" a las familias. Entre las habituales se encuentran los premios por matrimonio (y por extensión, formalización de uniones de hecho); las ayudas por nacimiento de hijo o premios de natalidad; las ayudas escolares o de estudios; la indemnización por defunción; las ayudas por minusvalía o las ayudas por familia numerosa[81].

[80] El CC Aguas para riegos (BOP Granada de 9 de octubre de 2006) crea una Gratificación por fidelidad y vinculación a la empresa (artículo 17), en la medida que para premiar la fidelidad y permanencia de los trabajadores en la empresa se pacta que aquellos que extingan sus contratos, por cese voluntario, o mutuo acuerdo de las partes, tendrán derecho a percibir una indemnización con cargo a la empresa, de las siguientes cantidades: a los 60 años, 16 mensualidades de su último mes de salario, incluyendo salario base más antigüedad, más plus beneficios; a los 61, 15 mensualidades; a los 62, 13; a los 63, 11; a los 64, 9; y a los 65 años de edad, 9 mensualidades. Para tener derecho a tales cantidades se requieren al menos 12 años de servicio; si llevase menos tiempo del expresado se le abonará parte proporcional.

[81] Como muestra, el CC Abbott Laboratorios, S.A. (BOP Granada de 9 de julio de 2007) reconoce un Premio de natalidad (artículo 30) de 90,24 euros por cada natalicio de hijo o adopción, una "Ayuda escolar" (artículo 32) de 120 euros por cada hijo en edad escolar, desde Guardería hasta segundo de bachiller (que se cobran en el mes de octubre; y se pierden cuando se repita más de una vez el mismo curso) y una Ayuda a deficientes psíquicos de 135,44 euros mensuales (siendo requisito que perciban por tal concepto prestación de la Seguridad Social); el CC Aguas para riegos (BOP Granada de 9 de octubre de 2006), una ayuda por estudios (artículo 20); el CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008) establece un Subsidio de defunción (artículo 40) al fallecer un trabajador fijo en activo, consistente en el abono a su viuda o hijos que convivan a sus expensas del importe de dos mensualidades, doblándose este importe si además deja hijos menores de 18 años o incapacitados (la cantidad devengada no se computará en la base de cotización de la Seguridad Social), un Premio por matrimonio (artículo 36) de 211 euros para el personal fijo que contraiga matrimonio y lleve en el centro de trabajo más de un año de antigüedad (tampoco computable en la base de cotización de la Seguridad Social), un Premio por natalidad (artículo 37) de 36 euros por cada natalicio (prevista para los trabajadores fijos con antigüedad superior a un año) y una ayuda de estudios (artículo 43); el CC Cetursa (BOP Granada de 28 de abril de 2008), regula un Plus de familia numerosa (artículo 15) de 45,59 euros mensuales (cualquiera que sea su categoría, que no repercutirá ni se tendrá en cuenta para las

Muchos de estos beneficios sociales, vinculados o no a la situación familiar del trabajador, se perciben en especie (campamentos de verano para hijos, actividades culturales y deportivas, cesta de navidad[82], etcétera).

Igualmente aparecen con frecuencia contribuciones o aportaciones de la empresa a *planes de pensiones*, *primas de seguros colectivos de vida o accidente* y *suplementos de prestaciones económicas* del sistema de Seguridad Social, como la de maternidad o la de incapacidad temporal (que como hemos visto, muchos convenios colectivos les atribuye naturaleza de complemento salarial; *vid*. nota 72). Todos estos casos constituyen, de alguna u otra forma, mejoras complementarias a la acción protectora de la Seguridad Social [83].

4. CUANTÍA Y REVISIÓN SALARIAL

Respecto a la determinación de la cuantía salarial y su actualización, el ANC 2007 manifestaba que "la determinación de los salarios en la negociación colectiva basada en esta política de moderado crecimiento de los salarios, tomando como referencia la inflación prevista, la productividad y la cláusula de revisión salarial (…) constituye un modelo apropiado para evitar espirales inflacionistas nada deseables". De este modo, en cuanto las actualizaciones y revisiones salariales se decantaba por que la negociación salarial tomara "como primera referencia el objetivo o previsión de inflación del Gobierno, recomendando que no se utilicen otras previsiones de inflación distintas de las oficiales, desaconsejándose, en consecuencia la identificación de otros parámetros ya sea

pagas extraordinarias ni la antigüedad, pero si se abonará en vacaciones y en los supuestos de accidente laboral o no laboral, enfermedad común y profesional), un Fondo de ayuda de estudios (artículo 16), y una Bolsa económica por matrimonio, de 278,06 euros, y por nacimiento de hijo 158,79 euros (artículo 32); o el CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006), que contempla una gratificación por matrimonio (artículo 17), por una sola vez en la misma empresa, consistente en una mensualidad de salario base al contraer matrimonio, o al formalizar uniones de hecho, legalizadas e inscritas en el correspondiente registro público, y una Gratificación por natalidad para los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa, de 36,06 euros (artículo 19).

[82] Artículo 36 del CC Yogures Andaluces (BOJA de 20 de enero de 2001).

[83] Así, el CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008) prevé un Complemento de incapacidad temporal (artículo 35), un Seguro colectivo de vida (artículo 39) y un plan de pensiones de empleo de aportación definida (artículo 42); el CC Abbott Laboratorios, S.A. (BOP Granada de 9 de julio de 2007) una Póliza de seguro colectivo; el CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006) un Suplemento de IT (artículo 20), hasta alcanzar el 100 por 100 de salario base (aunque sólo para los trabajadores con una antigüedad mínima de 6 meses y solo durante un período de IT máximo de 12 meses, y siempre y cuando no sea sustituido por un interino); o el CC Yogures Andaluces (BOJA de 20 de enero de 2001) un Seguro colectivo de accidente (artículo 34).

en un ámbito sectorial específico, ya sea en un ámbito territorial determinado". No obstante, "puede haber incrementos superiores a la inflación prevista dentro de los límites derivados del incremento de la productividad". Por otro lado, se aconsejaba que los convenios colectivos incorporaran "una cláusula de revisión salarial, sin que ello trunque el objetivo de moderación salarial". A tal fin tomarían como referencia "el objetivo o previsión de inflación, el IPC real y el incremento salarial pactado en el convenio colectivo".

Pues bien, en el actual contexto socioeconómico, las previsiones del ANC 2007 sobre el crecimiento de los salarios y los sistemas de revisión parecen tener menos sentido. Aun así, los convenios colectivos andaluces en vigor mantienen los mecanismos de revisión previstos[84].

5. PAGO Y RECIBO DE SALARIOS

La mayor parte de los convenios colectivos andaluces no contienen previsiones específicas sobre liquidación y pago del salario, por lo que conforme al artículo 29.1 del TRET, éste se hará conforme a los usos y costumbre locales y profesionales. No obstante, algunos convenios especifican tales circunstancias a continuación de determinar la estructura salarial[85].

[84] Las Disposiciones Finales del CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008) recogen los incrementos salariales, disponiendo que para cada año de vigencia se realizará una revisión de los conceptos salariales en cuantía del IPC previsto por el gobierno para el conjunto del Estado. Una vez conocido el valor del IPC real se aplicará una revisión sobre los mismos conceptos y con efectos de primeros de año del ejercicio correspondiente, en cuantía del IPC real registrado más 0,5 por 100. Por su parte, el artículo 8 del CC Aguas para riegos (BOP Granada de 9 de octubre de 2006) señala que la revisión salarial se efectuará cuando el IPC real supere el 2 por 100, en lo que supere este porcentaje más un punto y medio. La revisión tendrá carácter retroactivo a 1 de enero. La comisión negociadora se reunirá una vez conocido el IPC real de cada año para elaborar las tablas salariales y publicarlas. El artículo 32 del CC Hostelería Málaga (BOP 28 de julio de 2006) indica que el aumento salarial será cada uno de los años de vigencia del IPC previsto por el Gobierno para el año de que se trate más un punto. Al final de cada año, si el IPC real del mismo fuera superior al previsto que se tomó como referencia para la subida, se revisarán los salarios en el porcentaje de diferencia entre el IPC real y el IPC previsto y con fecha de efecto de 1 de enero de ese mismo año (carácter retroactivo). El artículo 9 del CC Hostelería Sevilla (BOP de 24 de agosto de 2006), opta por incrementos del IPC real de los doces meses de cada año. En el supuesto de que existiesen diferencias, éstas se abonarán en una sola paga en el mes de febrero siguiente. El único convenio que se sale de lo común es el del CC Personal Laboral Local al servicio de las Fuerzas de los EE.UU. en España (BOJA de 31 de agosto de 2002) cuando señala que las revisiones salariales se llevarán a cabo por las Fuerzas de los EE.UU. según la normativa aplicable en la Administración Norteamericana (artículo 28).

[85] Así, el artículo 24 del CC Cervezas Alhambra S.L. (BOP Granada de 22 de mayo de 2007) o el artículo 33 del CC Aguas de Lanjarón (BOP Granada de 28 de marzo de 2008), que especifica que el pago se hará mediante transferencia o cheque nominativo a la entidad bancaria

Igualmente, respecto a la documentación del pago, la mayoría de los convenios colectivos no utilizan modelo de recibo específico, por lo que se recurrirá al modelo oficial de salarios (Orden de 27 de diciembre de 1994), al que a veces se remiten de forma expresa[86].

6. CLÁSUSULAS DE DESCUELGUE

Insistiendo en la exigencia legal del artículo 85.3.c del TRET, el ANC 2007 consideraba necesario que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuyo contenido mínimo debe incluir la cláusula de inaplicación del régimen salarial, establecieran las condiciones y los procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial a las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación. Igualmente, la reincorporación, en su caso, al régimen salarial objeto del descuelgue se debería adoptar en el mismo ámbito que el del acuerdo correspondiente.

Ajustándose a tales previsiones, los convenios colectivos andaluces van incorporando tales cláusulas de descuelgue salarial como mecanismos de adopción del régimen económico del convenio sectorial a la concreta situación de la empresa en crisis. En la actual coyuntura socioeconómica es más que probable

---

elegida libremente por el trabajador. La empresa se compromete a dar las oportunas órdenes al banco correspondiente con la debida antelación como para que cada trabajador pueda percibir sus devengos en la fecha legalmente señalada. Por su parte, el artículo 28 del CC Autotaxi Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 27 de junio de 2007) recoge algunas particularidades sectoriales en cuanto a liquidación y forma de pago: los conductores guardarán para sí copia del justificante o duplicado del parte diario de recaudación. Manteniendo la costumbre establecida en este sector, las empresas, al recibir la recaudación, según los correspondientes partes, entregarán al trabajador diariamente los conceptos de salario, incentivo y demás complementos salariales, debiendo ser consideradas tales entregas como a cuenta de la liquidación definitiva que al final de cada mes se practicará por la empresa en las hojas oficiales de salarios, siéndoles deducidas en la misma las aportaciones que legalmente corresponda satisfacer al trabajador.

[86] El artículo CC de estacionamiento limitado de vehículos (BOJA de 26 de septiembre de 2008) señala que el recibo de salario se ajustará al modelo oficial del Ministerio de Trabajo, salvo que por Convenio Colectivo, o por organización informática de la empresa que obtenga la correspondiente autorización o por acuerdo entre empresa y los representantes de los trabajadores, se haya establecido otro modelo. El CC Tanatorios y Funerarias del Sur (BOJA de 8 de octubre de 2008) dispone que respecto al recibo de salarios se estará a lo previsto en la Orden de 27 de diciembre de 1994. En cualquier caso, todo recibo debe cumplir los requisitos legales. Así, el artículo 27 del CC Personal Laboral Local al servicio de las Fuerzas de los EE.UU. en España (BOJA de 31 de agosto de 2002) dispone que todos los trabajadores recibirán de las Fuerzas de los EE.UU. un documento o recibo justificativo (junto con sus retribuciones) individual, que consignará el importe total correspondiente al período de tiempo a que se refieran tales retribuciones, con especificación clara y debidamente diferenciada de las retribuciones básicas y, en su caso, los complementos salariales, indicando igualmente las deducciones que legalmente procedan.

la utilización de tales fórmulas de descuelgue, aunque para ello se suelen exigir determinados requisitos y procedimientos. El esquema general sería: 1) solicitud a la comisión paritaria del convenio o a los representantes legales de los trabajadores (incluso, en caso de no haber representación, a los propios trabajadores), normalmente dentro de un plazo desde la publicación del convenio[87]; 2) identificación de las situaciones que justifican el descuelgue y justificación documental de la situación de crisis por la que atraviesa la empresa[88]; 3) apertura de un plazo para negociar el descuelgue y/o resolución por la Comisión

[87] El artículo 34 del CC Hostelería Málaga (BOP 28 de julio de 2006) dispone que en los casos en que una empresa pudiera ver dañada su estabilidad económica a consecuencia de la aplicación del incremento retributivo pactado en el presente Convenio Colectivo, podrá no aplicar el mismo o, en su caso, aplicar un incremento inferior al pactado. Esta cláusula será de aplicación a las empresas que hayan atravesado durante los años o el año anterior a la entrada en vigor del presente convenio, dificultades económicas que puedan constatarse a la vista de sus cuentas anuales y se llevará a cabo observando el procedimiento siguiente: La empresa que necesite aplicar esta cláusula de descuelgue *lo pondrá en conocimiento de los representantes legales de los trabajadores* dentro del mes siguiente a la publicación del convenio en el BOP. Igualmente, puede tener lugar a consecuencia de hechos acaecidos con posterioridad a su publicación, comunicándolo en el plazo de un mes desde que acaecieron. La *solicitud* causará efectos de *suspensión temporal de la aplicación salarial*, sin que ello signifique, caso de desestimarse su petición, que no venga obligada al abono de los atrasos correspondientes. Igualmente, el CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006) determina que las empresas que pretendan descolgarse del régimen salarial del convenio deberán *notificárselo por escrito a la Comisión Paritaria del Convenio*, a la *representación de los trabajadores*, o en su defecto, *a éstos* en el plazo de veinte días siguientes a la publicación de aquel en el BOJA. Este plazo no computará cuando el descuelgue se realice a través de acuerdo de la Comisión de Seguimiento.

[88] El artículo 27 del CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006) considera que el régimen salarial establecido en este convenio no será de necesaria u obligada aplicación para aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de su adecuación. A tal efecto, se considerarán justificadas, entre otras, las siguientes causas: 1) Situaciones de déficit o pérdidas objetivas y fehacientemente acreditadas en los dos últimos ejercicios contables. 2) Sociedades que se encuentran incluidas en las causas de disolución legal siguientes: Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social; y por reducción del capital social por debajo del mínimo legal cuando la situación venga impuesta legalmente y que subsanen tal situación. 3) Empresas que hayan solicitado concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos. 4) empresas a las que sobreviniera alguna causa que afecte notablemente al ejercicio de su actividad. Por otro lado, la solicitud debe acompañar la documentación precisa que justifique un régimen salarial diferenciado: memoria explicativa, balances, cuentas de resultados, o en su caso, informe de auditores o censores de cuentas, u otros documentos. Igualmente, el CC Hostelería Málaga (BOP 28 de julio de 2006) exige que la comunicación adjunte determinada documentación: resultados de las cuentas de explotación de los tres últimos años, copia del balance, libros comprobantes de sus operaciones en aquellas empresas sujetas al sistema fiscal de módulos, plan de viabilidad que justifique la aplicación de un menor incrementos salarial, y la documentación económica que en su caso considere necesaria la Comisión Paritaria.

paritaria[89]; y 4) duración del descuelgue y mecanismos de reincorporación al régimen salarial sectorial[90].

7. **CONCLUSIONES**

En primer lugar, y desde un punto de vista formal, uno de los aspectos más llamativos del análisis de la negociación colectiva andaluza es la poca claridad y poca sistematicidad con la que se ordenan los distintos complementos salariales. De hecho, la mayoría de los convenios colectivos no clasifican las diferentes partidas que componen el salario, sino que muchas veces se enumeran casuística y aleatoriamente. También se mezclan y confunden conceptos de diferente naturaleza (salarial y no salarial), dándosele un tratamiento unitario y conjunto en un mismo capítulo dedicado al "régimen económico".

[89] El artículo 15 del CC Aguas para riegos (BOP Granada de 9 de octubre de 2006) exige que para que las empresas afectadas por el ámbito de aplicación de este convenio puedan eludir la aplicación de los salarios pactados se tendrán que seguir los trámites siguientes: deberán solicitarlo ante la comisión paritaria del convenio con la documentación suficiente acreditativa del perjuicio que se derivaría para la propia estabilidad de la empresa; y la *comisión paritaria* a la vista de la situación, requeridos cuantos antecedentes estime oportunos de la empresa afectada, tendrá que resolver por unanimidad la aceptación del descuelgue para que éste sea efectivo, y las condiciones o límites que estime procedentes. Por otro lado, el CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006) señala que, efectuada la notificación anterior, si en el plazo de diez días no hubiera acuerdo dentro de la empresa sobre el descuelgue se dará traslado del expediente a la Comisión Paritaria del Convenio, que deberá pronunciarse en el plazo de diez días, teniendo su decisión carácter vinculante. Si en la Comisión Paritaria tampoco se alcanzara acuerdo sobre la materia, se someterá el expediente al procedimiento del SERCLA, en el que actuará como parte interesadas las representaciones que constituyen la Comisión Paritaria. Por su parte, el CC Hostelería Málaga (BOP 28 de julio de 2006) indica que, una vez efectuada tal comunicación se abrirá un plazo de negociación entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores de, al menos, quince días naturales, con objeto de determinar las nuevas condiciones salariales, así como el período de tiempo de aplicación las condiciones de reincorporación al régimen salarial del convenio colectivo en su momento vigente. En aquellas empresas en las que no haya representación legal de los trabajadores, se negociará directamente con los trabajadores en presencia de la Comisión Paritaria. En caso de acuerdo, se dará traslado del mismo a la Comisión Paritaria, sin cuya comprobación no podrá ser efectivo el acuerdo. En caso de que no hubiera acuerdo, la Comisión Paritaria tratará de solventar las discrepancias.

[90] Por ejemplo, el CC Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006) dispone que, el descuelgue, de ser aprobado, tendrá efectividad durante un año. En el caso de que alguna empresa desee mantener por más tiempo el descuelgue deberá solicitar una nueva autorización en la misma forma y con el mismo procedimiento. Transcurrido el período de descuelgue, sin haberse instado una prórroga del mismo o denegada ésta, la reincorporación a las condiciones previstas en el convenio será automática.

En líneas generales se puede decir que todavía predominan en la negociación colectiva andaluza las estructuras salariales tradicionales. Se constata una hegemonía de los sistemas salariales fijos. En muchos convenios colectivos la retribución del trabajador queda delimitada únicamente por el salario base, al que, si acaso se añade el complemento de antigüedad o algún complemento funcional. Aquellos otros que definen una estructura salarial más compleja y rica en componentes, suelen utilizar complementos salariales fijos, sobre todo en forma de complementos de puesto de trabajo. Incluso, en los casos que aparecen complementos típicamente variables, como la participación en beneficios, éstos se suelen configurar como partidas fijas y tasadas. Del mismo modo, con frecuencia, cuando finalmente se suprime algún complemento salarial fijo, como por ejemplo la antigüedad, surge paralelamente otro complemento fijo (*ad personam*) que compensa su desaparición. Se ralentiza así la renovación de los sistemas retributivos. Por tanto, y pese a los esfuerzos de los sujetos negociadores por conectar la retribución con la productividad (tanto desde una perspectiva individual, referida al trabajador, como colectiva, referida a la actividad empresarial), tal y como, por ejemplo, se expresa en el último ANC-2007, los convenios colectivos andaluces se resisten a abandonar las estructuras salariales clásicas y se muestran recelosos a la hora de introducir complementos salariales variables. Por tanto, existe una escasa renovación de los pluses y complementos utilizados. En realidad, se aprecia una cierta inercia reguladora. Las estructuras salariales definidas por la negociación colectiva andaluza presentan un carácter continuista de la ordenación reglamentaria del salario, que hunde sus raíces (como la clasificación profesional) en las viejas ordenanzas laborales sectoriales. Ese continuismo regulador tal vez obedezca a la ausencia de una cultura sindical (y también empresarial) verdaderamente comprometida con sistemas de retribución variable y a la falta de respuestas y soluciones frente a los riesgos que éstos conllevan.

Pese a todo, poco a poco se van abriendo camino nuevas líneas de actuación, nuevas políticas salariales, consistentes básicamente en reducir el papel de los complementos fijos (como la paulatina supresión de la antigüedad) y potenciar las partidas salariales variables vinculadas a la productividad del trabajador, su rendimiento y los resultados de la empresa. Los análisis generales de la negociación colectiva constatan la presencia de una variada tipología de nuevos complementos y nuevos sistemas de determinación del salario (evaluación del desempeño del trabajador; retribución por objetivos, individuales y de grupo; gestión del rendimiento; sistemas de profesionalización y retribución por competencias, etcétera), pero al menos en la negociación colectiva andaluza éstos no son más que meramente testimoniales.

Todo esto evidencia que todavía nos encontramos en una etapa de transición. Desde que en 1994 se abordara la reforma del régimen retributivo en

términos más flexibilizadores se sigue esperando que la negociación colectiva asuma una estructura salarial más conectada a las necesidades técnicas y productivas de los distintos sectores y empresas. Esto mismo se esperaba que ocurriera, paralelamente, con las estructuras profesionales (y no olvidemos el estrecho vínculo existente entre clasificación profesional y salario). Sin embargo, ese proceso de renovación es lento. Se han producido importantes avances en muchos casos concretos, pero las tendencias innovadoras en materia salarial ni mucho menos se han generalizado en la negociación colectiva andaluza. Si acaso, se comprueba que existe una mayor presencia de las estructuras salariales variables a nivel empresa. En cualquier caso, la situación evidencia las dificultades adaptativas que presenta la negociación colectiva (estatutaria) y el que se recurra a instrumentos alternativos, más eficaces a estos efectos (pero menos garantistas) como los acuerdos de empresa o incluso los pactos individuales. Esa misma dificultad para dar adecuada respuesta mediante las estructuras salariales convencionales a las necesidades empresariales ha motivado la aparición de numerosos beneficios accesorios, ayudas o servicios indirectos, de naturaleza no salarial, pero con los que se pretende incentivar y motivar al trabajador.

LA INSERCIÓN LABORAL DE LOS TITULADOS UNIVERSITARIOS: UN ANÁLISIS CRÍTICO-CREDENCIALISTA Y CONSIDERACIONES DIMANANTES DEL ESPACIO EUROPEO DE ENSEÑANZA

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

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

"Una institución en que se finge dar y exigir lo que no se puede exigir ni dar es una institución falsa y desmoralizada"

Ortega y Gasset J. *"Misión de la Universidad"*

"Cambiar las instituciones sin cambiar la cultura de las gentes que las hace funcionar es asunto arduo, si no imposible; y tampoco es fácil cambiar la cultura de los españoles sobre temas educativos. Lo cierto es que a la sociedad le cuesta mucho salir de su estado de autocomplacencia gozosa y borrosa en esta materia"

Pérez Díaz V. *"La crisis endémica de la Universidad Española"*
Rev. Claves, nº 158, 2005

EXTRACTO **Palabras Clave: Espacio Europeo de Enseñanza**

El presente estudio aborda multifacéticamente la problemática que rodea la inserción laboral de los titulados superiores. Tras un entronque del marco teórico y conceptual, se pasa a investigar su marco empírico y analítico, finalizando el artículo con unas consideraciones críticas al hilo de un decálogo de posibles pautas de incidencia. Su hilo conductor se contextualiza, además, en el proceso de reformas que envuelven el proceso de convergencia de los estudios superiores en el Espacio Europeo, con reflexiones complementarias sobre los paradigmas nucleares interconectados con la temática

ABSTRACT **Key words: European Education Space**

This study deals with the problems surrounding the labour integration of university graduates from different perspectives. After connecting the theoretical and conceptual framework, an empirical and analytical framework is researched, ending with critical considerations with regard to a decalogue of possible guidelines for impact. Moreover, the structuring thread is placed within the context of the reform process that surrounds the convergence process of higher education in the European Space, with complementary reflections on the core paradigms linked to the subject.

ÍNDICE

1. El Espacio Europeo y la inserción de los titulados superiores. Unas notas introductorias
2. Encuadramiento profesional, empleabilidad, inserción y credencialismo de los titulados superiores: elementos institucionales y variables analíticas
3. Principales parámetros valorativos y cosmovisiones predominantes: una aproximación cualitativa
4. El acceso al empleo de los egresados universitarios: un análisis de caso
   4.1. Aspectos coyunturales del egreso y posible estructuralidad
   4.2. Condiciones básicas de trabajo
   4.3. Irregularidades y anomalías detectadas en la actividad laboral de los egresados universitarios
5. Conclusiones y líneas posibles de actuación

1. EL ESPACIO EUROPEO Y LA INSERCIÓN DE LOS TITULADOS SUPERIORES. UNAS NOTAS INTRODUCTORIAS

La colocación de los titulados universitarios desde su egreso académico hasta su inserción subsiguiente en el mercado de trabajo entraña una temática de interés actual y renovable. Se trata, en efecto, de un proceso complejo donde inciden una multitud de parámetros y condicionantes, desde aspectos macro-estructurales hasta cuestiones micro-situacionales e incluso psico-cognitivas. Si esto lo enmarcamos en un contexto más amplio de integración política y de reformas educativas, como acontece mediante el asentamiento del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (en adelante EEES), las dificultades teóricas y analíticas aumentan de forma exponencial, al igual que el propio protagonismo del tema referenciado.

La *inserción* de cualquier grupo profesional, y particularmente la del perfil que enuclea este artículo, conecta de inmediato dos presupuestos ideográficos. Primero infiere una *trayectoria* temporal que acompaña al trabajador en sus actividades profesionales desde su emplazamiento inicial y en sus pasos posteriores. Pero además, connota su desarrollo contextual bajo un *espacio* dado que va a ir modulando el sentido y el alcance de dicha trayectoria. En el caso de los titulados, su inserción permite que sujetos "prima facie" inactivos tengan acceso a una "posición de empleo" con vocación de estabilidad y promoción gracias a los aspectos cualificacionales que respalda haber cursado una formación universitaria, cuya reputación, y a raíz del capital humano disponible, brinda oportunidades en principio más favorables de inserción y progreso. Visto así, la obtención de un título superior conferiría a los universitarios una posición ventajosa desde una multitud de ámbitos referenciales, no sólo profesional o económicamente, sino también, y por añadidura, desde el terreno social, cultural y personal. El credencial académico encajaría pues con trabajos

y competencias relevantes del mapa de ocupaciones, con las implicaciones que ello conlleva en cuanto a prestigio y posicionamiento estratificativo, acompañando la biografía del sujeto prácticamente durante toda su trayectoria laboral y personal.

Ahora bien, el planteamiento expuesto se altera con el nuevo paradigma surgido de la revolución científico-técnica. La "informacionalización" como forma específica de organización social (sociedad red, empresa red, trabajador en red, etc.) junto con la capacidad penetradora de la tecnología y la mayor densidad de los vínculos societales producen una ruptura de los esquemas de profesionalidad e inserción reinantes hasta el momento. Ahora los referentes ocupacionales se tornan abiertos, permeables y flexibles, mientras que las cualificaciones se hacen mutables y necesitadas de actualización continua, lo cual modifica las ideografías que dominaban la inserción y la trayectoria profesional de los egresados superiores. Estos últimos van a requerir más tiempo para encontrar su primer empleo y períodos dilatados para tener una estabilidad elemental, precisando a su vez de cualificaciones versátiles para protegerse del riesgo de ser excluido socioeconómicamente debido a su vulnerabilidad extrema. Además, y desde el terreno axiológico, les resulta difícil asimilar el hecho de "tener" un puesto, "ser" de una ocupación o de "pertenecer" a una esfera de profesiones, puesto que ahora se "está" o se "pasa" por trabajos cuya esencia es accidental y contingente[1].

Bien es cierto que los problemas expuestos presentan matices en cada país y en cada mercado de trabajo. En el caso español, subyacen una serie de reajustes estructurales y de desajustes educativos que condicionan muy especialmente la trayectoria de los titulados. Así por ejemplo, se asiste a una profunda reasignación sectorial del factor trabajo y a cambios drásticos en el paradigma tecnológico y energético que ubicarán a mayores segmentos de universitarios en actividades terciarias. La apertura económica, nuestro tejido productivo y el aumento de la competitividad acentuarán la densidad de las redes empresariales y el recurso a la externalización y subcontratación, espacios intersticiales donde también se insertarán numerosas cohortes de egresados. La autonomización tendencial del trabajo o la "satelización" jurídica de relaciones especiales encuadrará previsiblemente a otro importante segmento

[1] Vid Tezanos "Los impactos sociales de la revolución tecnológica", en la obra colectiva coordinada por el mentado autor "Los impactos sociales de la revolución científico-tecnológica", IX Foro sobre Tendencias Sociales, Ed. Sistema, Madrid, 2007, p. 34; cfr asimismo la obra de Castells M. "La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. La sociedad red", Alianza, 1988, p. 31; comparativamente, vid el estudio de Davia Rodríguez MA "La inserción laboral de los jóvenes en la Unión Europea. Un estudio comparativo de trayectorias laborales", CES, Madrid, 2004, p. 17.

de alumnos bajo fórmulas mercantiles, autónomas o semiautónomas de empleo. Y aparte de todo ello, el contexto institucional sigue dibujando una mayor presencia de los jóvenes en el sistema educativo, teniendo menores tasas de ocupación, mayores tasas de paro y peores retribuciones, con el handicap de un rendimiento reducido del sistema de enseñanza en su conjunto.

Lo expuesto actualiza las reflexiones tendentes a vislumbrar la *misión* de la universidad frente a ese catálogo de cambios acumulativos[2]. Es, en efecto, la institución unida por antonomasia a la excelencia académica y al conocimiento científico, pero se encuentra empero en una encrucijada autodefinitoria -cuando no una crisis institucional profunda- desde que perdió el monopolio de dicho recurso, anquilosara sus estructuras, y compitiera con sectores no universitarios de instrucción superior y especializada. Precisamente, el EEES forjado a raíz de la Declaración de Bolonia (1999) y de Lisboa (2007), supone un compromiso supra-institucional para asentar en dicho espacio una nueva política común de enseñanza superior que dé respuesta a la demanda social de una universidad competitiva y de calidad[3]. Con el horizonte del 2010, se pretende que en una primera fase se homogeneicen las titulaciones dentro de un espacio de convergencia académica aproximando los planes de estudio y las estructuras universitarias para facilitar la movilidad de los estudiantes, las profesiones y los propios trabajadores. Pero la rúbrica que bautizara dicho objetivo ("Bolonia") sólo es un punto de partida de un largo proceso de transformación, asistiéndose en este momento a una *confusión extrema de la parte por el todo* debido, quizás, a una falta de explicación sobre la letra pequeña que acompaña el pie de página de una macro-reforma. Y mucho tememos que la ciudad italiana que dio cuna a la Universidad en el siglo XIII esté pagando semánticamente un estigma de movilizaciones debido a unos responsables educativos que no han sabido o podido traducir lo que entraña "Bolonia" en acciones concretas y en efectos (v. gr. traducción de carga real y plantilla docente), desde los máximos niveles políticos, los equipos rectorales universitarios, hasta los cargos académicos de los centros y facultades.

[2] Me refiero por supuesto al excelso ensayo de J. Ortega y Gasset "Misión de la Universidad", Revista de Occidente/ Alianza Editorial, 2007.

[3] En la Declaración de Bolonia, los ministros europeos de educación se comprometieron a una política común de enseñanza superior con el objetivo de diseñar una Universidad que permita que la economía europea sea la más competitiva del mundo. Posteriormente, en la Declaración de Lisboa la European University Asociation (EUA) estableció que: "la principal misión de las universidades europeas es preparar a los jóvenes y adultos para su papel en la sociedad del conocimiento, en la cual el desarrollo económico, social y cultural depende sobre todo de la creación y de la transmisión del conocimiento y de las habilidades".

"Grosso modo", la reforma se basa en cinco grandes ejes operativos[4]: 1) Para empezar se acomete un cambio drástico en la vertebración de las titulaciones con repercusiones multifacéticas en la estructura universitaria mediante una ordenación *triádica* de niveles y vasos comunicantes. El primero (grado) se erige en basamento de la enseñanza superior, lo cual conmina a reordenar nuestro antiguo tándem de diplomaturas y licenciaturas, según los casos, en una orquilla comprendida entre 180-240 créditos. El segundo escalón (postgrados y masters) abren al recién graduado un nivel adicional de cualificación. Además de racionalizar la panoplia de cursos homónimos tan rentabilizados mercatoriamente, implicará a las universidades en una oferta estratégica de "nichos de formación", permitiendo asimismo el reciclaje de los otrora egresados. Mientras que el tercer nivel (doctorado) se orienta en puridad a la investigación o el seguimiento de la carrera académica. 2) El segundo eje de la reforma estriba en la implantación de una unidad de medida común (el crédito Europeo, o su acrónimo ECTS). Su filosofía aspira alcanzar una mayor eficacia en la impartición de los contenidos fundamentales de las asignaturas revalorizando, a un mismo tiempo, el aprendizaje autónomo y la participación activa del alumno en la preparación de la materia. Para ello se abre una variada tipología de medios y técnicas de enseñanza, gran parte de los cuales preexisten en nuestro sistema universitario, si bien se activan en extensión e intensidad de uso pues además de la clase teórica se potenciarán los seminarios, grupos de discusión, clases prácticas, realización de trabajos, empleo de medios informáticos, o la consulta de bibliografía seleccionada, lo cual adjudica un nuevo cariz al papel de la tutoría, ora presencial o mediante la asistencia "on line". 3) El tercer pilar es de orden didáctico y metodológico. El espacio Europeo pretende cambiar el centro de gravedad desde la estricta impartición de contenidos hacia la revalorización de las destrezas discentes y de las competencias profesionales (trabajo en equipo, liderazgo etc), lo cual supone otro cambio drástico en países como el nuestro que hacía pivotar en exceso la docencia sobre la información transmitida a través (si no exclusivamente) de las clases magistrales (fenómeno que en algún momento denominamos irónicamente como "dictapuntismo"[5]). 4) El

[4] Extrapolaremos reflexiones vertidas en mi estudio "La implantación del Eurocrédito en la asignatura Políticas Sociolaborales: datos sobre una experiencia específica", Revista "Res Novae Cordubensis" nº2, Estudios de Calidad, Universidad de Córdoba, 2004, pp. 141 a 163, así como consideraciones propias al hilo de la experiencia cosechada en su momento como Vicedecano de Ordenación Académica en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la UCO.

[5] "Lecciones de Derecho del Trabajo. Concepto, fuentes y contenido del contrato de trabajo", Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2007, p. 24, con visos empero de convertirse en "powerpointismo"…

cuarto punto quizás sea el más complejo de todos, pese a no habérsele conferido tamaño relieve, pues conecta con la transparencia del sistema educativo universitario en su conjunto. Bolonia implica un complejo sistema de transferencia y homologación didáctica (v. gr. suplemento Europeo al título) lo cual supone, cierto es, aproximación en aspectos credencializadores y formativos pero también, y paralelamente a ello, acreditación de dicha convergencia y excelencia universitaria. Los cambios organizativos y estructurales deben basarse ahora en una cadena de confianzas institucionales cuyas "lealtades", debemos reconocer, sólo cabe asegurar mediante mecanismos de control y de calidad, que se personifican a través de agencias y órganos homónimos diseminados en puntos neurálgicos de la estructura burocrática. 5) Finalmente, el quinto pilar deberá ahondar en la reubicación social de la universidad en su atalaya como vehículo medular de transmisión de cultura y de aquellos valores que marcan la esencia de la vida académica, prominencia ética perdida en un mar de contradicciones internas que han desfigurado paulatinamente gran parte de su rol ontogenético a fuer de idiosincrásico.

Somos conscientes de las dificultades que acompañarán el cumplimento de los fines descritos, primero porque la interconectividad de los vectores universidad/ formación/ conocimiento/realidad socioeconómica es inextricablemente compleja, mucho más si cabe debido a la disociación tendencial de los valores sociales y de mercado; pero además, y sobre todo, porque como asevera el axioma sólo cuando las cosas se conciben como reales lo son también en sus consecuencias, y es claro que hay impedimentos previos de concepción que nublan las oportunidades de cambio que brinda el EEES, esto es, una vez perdida la ataraxia, difundido el "pragmaticismo" y entronizado el determinismo económico. Es verdad que está en juego nada menos que el relevo de las titulaciones, con los efectos que ello apareja en la configuración de las sociedades y en la idea última de justicia distributiva (incluso en la acepción "Rawlsiana" del término), pero son muchos los retos pendientes y colaterales cuyo desorden puede acrecentarse sin una asimilación adecuada ni anticipadora. En esta línea querremos enmarcar además el presente análisis, que estructuramos caleidoscópicamente sobre cuatro epígrafes. Partiremos de un posicionamiento sobre el marco teórico y conceptual que rodea la inserción de los titulados superiores para desarrollar desde ahí un doble marco empírico y analítico. Pienso que muchas de las investigaciones que vienen realizándose sobre dicho asunto se imbuyen de una "cuantitofrenia" sobre datos econométricos y estadísticos que, sin perjuicio de su entidad informativa, no reflejan ciertas magnitudes del fenómeno egreso, lo cual nos ha inducido a utilizar otras metodologías combinadas con el análisis reflexivo de dicho tema. Finalmente, y para intentar conferir un valor añadido al estudio, el último epígrafe condensa un elenco de conclusiones donde vertimos una visión crítica e institucional sobre las transformaciones en curso de la educación superior.

2. ENCUADRAMIENTO PROFESIONAL, EMPLEABILIDAD, INSERCIÓN Y CREDENCIALISMO DE LOS TITULADOS SUPERIORES: ELEMENTOS INSTITUCIONALES Y PRINCIPALES VARIABLES ANALÍTICAS

El egreso de los titulados universitarios reviste unas características bien particulares que singularizan la trayectoria de tales perfiles desde los centros de educación superior hasta su inserción profesional y el ejercicio material de sus competencias y cometidos. Como dijimos, son muy variados los factores que inciden en la configuración de dicha trayectoria. Algunos elementos tienen una vertiente institucional, pues van referidos al objeto (título) y al sujeto (titulados) que componen estucturalmente dicho perfil tipológico, mientras que otros factores presentan un carácter contingente pues operan a modo de variables contextualizadoras de los anteriores (v. gr. situación general del mercado de trabajo y de los mercados internos de trabajo de los propios titulados superiores). Para mayor abundancia, las rápidas transformaciones del progreso científico-técnico propician el pronto desfase de las cualificaciones, su mutación, desaparición, o la generación coetánea de nuevas capacidades, lo cual adquiere aquí una entidad implícita si consideramos que el titulado superior es un *"perfil coagente"* -cuando no protagonista directo- de tales cambios estructurales, de ahí la oportunidad de considerar someramente estas premisas analíticas.

1) La inserción y encuadramiento profesional ulterior de los titulados universitarios suele discurrir mediante un acto clasificatorio que adecua diacrónicamente su perfil de egreso con las exigencias técnico-funcionales del puesto ocupable y por el cual van a ser contratados. Tal adecuación va a depender en gran medida de la manera como se cohonesten tres parámetros institucionales, sintetizados en los conceptos *"cualificación"*, *"calificación"* y *"clasificación real"*[6]. El primero alude en puridad a un estadio precontractual e infiere una categoría subjetiva, de suerte que cualquier contrato se celebra conforme a las cualidades personales y profesionales del trabajador en cuestión, cuya capacitación viene en nuestro caso representada bajo un fulcro instrumental: el título académico. La "calificación" conectaría con una categoría convencional, esto es, con un "nomen" que, preestablecido en un convenio colectivo y/o estipulado en el contrato individual de trabajo, adscribe al egresado a un grupo, una categoría y una especialidad, además de adscribirle un determinado nivel retributivo, sobre el papel superior con respecto a la generalidad de categorías laborales. Asimismo, su encuadramiento se concreta materialmente con el desem-

[6] Sobre estas consideraciones, me remito a mi estudio "El encuadramiento profesional", MTSS, Madrid, 1995, pp 110 y ss,

peño fáctico de las funciones, cometidos y tareas contratadas junto a la adscripción del titulado a un puesto y/o una unidad organizativa, también ello con una teórica diferenciación superior en su estatus sociojurídico, siendo las labores efectivamente desempeñadas lo que al final resuelva la relación de correspondencia que debe haber entre la capacitación contratada, el contenido objetivo de las tareas y la clasificación formalmente reconocida.

Ahora bien, decíamos que la inserción profesional de los egresados reviste algunas particularidades dignas de destacar. Para empezar, nos encontramos con un perfil asociado intrínsecamente a aspectos de elevada cualificación. El encuadramiento profesional del universitario en el mercado de trabajo se canaliza alrededor del título académico, el cual confiere un grado de formación teóricamente poseído así como un nivel de competencias objetivamente definidas, capacitación que además aparece adscrita, a la par que adquirida, en centros académicos de educación superior[7]. Dicho en otras palabras: el "titulado universitario", como concepto y como rotulación sociolaboral resultante, abarca *aquellos perfiles de alta y completa cualificación que desempeñan cometidos técnicos y especializados cuyo desarrollo exige un grado de preparación y excelencia académica, y cuyos conocimientos, acreditados oficialmente, son adquiridos en centros de enseñanza de nivel terciario superio*r.

Paralelamente, el encuadramiento profesional de los universitarios se ultima mediante otros elementos clasificatorios añadidos. Primero hay que partir de un organigrama-tipo de categorías que suele clasificar internamente a dicha fuerza de trabajo. Aparte de la consideración genérica de *"titulado"* (superior o medio), las normas profesionales pueden asimismo encuadrarlos dentro de un variado espectro de categorías: *"especialistas", "técnicos", "licenciados", "doctores", "ingenieros",* o *"arquitectos",* probablemente sean las rúbricas más conocidas y mayormente utilizadas, ya de modo unívoco o combinadamente (v.gr. "técnico-titulado universitario"), las cuales convivirán con la pronta bifurcación de la carrera profesional y académica entre *"graduados"* vs *"master/post-graduados"* hasta su paulatina asimilación por el tejido laboral e integración nomotética en los convenios colectivos. Además, la identificación formal de dichos perfiles suele efectuarse mediante descrip-

[7] Efectivamente, conceptos tales como "cualificación", "formación", "sobrecualificación", "subempleo", "educación" inclusive, son demasiado amplios y poco precisos debido a su propia vaguedad terminológica y a sus inextricables dificultades analíticas. Sin entrar en un debate como el cualificacional nunca cerrado del todo, me inclino por asociarla en nuestro caso a empleos superiores de contenido enriquecido "cuyo nivel de capacitación se encuentra en algún lugar" (Braverman), esto es, los centros universitarios superiores; cfr. del mentado autor "Trabajo y capital monopolista", en Finkel L. "La organización social del trabajo", Ed. Pirámide, Madrid, 1994, p. 293; vid asimismo en esa misma obra el análisis, nada sospechoso por su rabiosa actualidad además, de Wood S. "El debate sobre la descualificación", pp. 27 y ss.

ciones especialmente abiertas. Puesto que el título académico es el gozne sobre el que gravita la inserción de un colectivo coextenso de trabajadores, los convenios suelen remitirse al mismo o a la especialidad en cuestión, extrayéndose los contenidos funcionales "per relationem" ora referencialmente, ora mediante reenvíos a la cualificación subjetiva. Así por ejemplo, son frecuentes las fórmulas convencionales que aluden a la realización de "los trabajos propios del cargo", a "aquellas funciones que habilita la titulación", o que definen a los titulados superiores como trabajadores que poseen "un título expedido por facultades o escuelas de educación superior". Para mayor abundancia, la ductilidad que hacen gala estos perfiles se extiende a los aspectos dimanantes de su movilidad funcional, habida cuenta de las perspectivas que abre en estos casos el juicio de equivalencia. Recordemos que según dispone el art. 22/3 ET *"se entenderá que una categoría es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones básicas de la segunda, previa realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación",* lo cual construye el mentado juicio sobre dos premisas: una subjetiva o cualificacional, resumida en la primera frase del precepto ("cuando la aptitud…") y otra objetiva o calificacional, condensada en el segundo constructo del textema legal ("permita desarrollar las prestaciones básicas…). Pues bien, el reenvío implícito a los aspectos cualificacionales que predomina en el encuadramiento de los titulados hace pivotar mayormente dicho criterio sobre la primera premisa del supuesto fáctico Estatutario, cuya ponderación y amplitud extiende el margen operativo de la equivalencia. En suma, fórmulas todas muy dúctiles y versátiles, acordes quizás al grado de iniciativa y el tipo de responsabilidad que ostentan tales perfiles, pero que sin embargo dejan muy indeterminados los ámbitos competenciales y funcionales de los titulados superiores.

2) Analizando la "empleabilidad" del colectivo, podemos partir en principio de una presunción de rentabilidad atribuida a la formación en términos de capital humano, considerando las menores tasas de desempleo que ostentan los perfiles de alta cualificación y el incremento que experimentan las tasas de ocupación al aumentar el nivel de estudios poseído[8]. Bien es cierto que el trata-

[8] Cfr. "Panorama de la educación. Indicadores de la OCDE 2008. Informe Español", pp. 7, 18 y 19. Entre las singularidades del caso Español, deberíamos destacar un dato especialmente relevante a medio y largo plazo con nuestro perfil analítico. Por un lado, entre los logros educativos de nuestra población adulta (25 y 64 años) destaca el hecho que los españoles con educación universitaria o formación profesional superior tengan unos indicadores porcentuales superiores a la media existente en los países de la OCDE (27%, frente al 24%). Sin embargo, en España sólo el 50% de los ciudadanos han completado la primera etapa de la educación secundaria, frente al 31% en la OCDE y en la Unión Europea, lo que nos lleva a contar con un nivel de estudios netamente inferior a la media comparada en términos absolutos.

miento dispensado por nuestro mercado laboral al colectivo de universitarios añade matices sintomáticos en la cosmovisión dominante de dicho grupo, tal como comprobaremos seguidamente, sin embargo, y pese a ello, tener una educación superior sigue representando en nuestro país un incentivo intrínseco, o lo que es igual, las *tasas internas de retorno* siguen premiando las decisiones de nuestros egresados de posponer en el tiempo su inserción laboral a cambio de invertir en formación académica[9]. En un segundo orden de ideas, los universitarios acceden a aquellos ámbitos profesionales donde el título es un requisito habilitador para trabajar en áreas y competencias oficialmente reservadas al mismo. Su credencial presupone que el sujeto posee los conocimientos necesarios para realizar una actividad o especialidad de modo eficiente asumiendo las responsabilidades de su ejercicio, pero aparte de esta construcción socioprofesional de la cualificación el título condiciona el acceso a determinados puestos en establecimientos públicos y privados, conllevando por añadidura la posibilidad de utilizar expresamente en el terreno formal y material la denominación oficial que aquél acredita (indicador de logro y de rol). Todo lo cual trasciende de un mero acto de inserción para conectar con motivos de *interés público* y de relevancia constitucional inclusive (v. gr. arts. 35 y 36 CE).

Aparte de su virtualidad ordenadora del mundo profesional y de su relevancia pública, el título representa una fuente primaria de selección y reclutamiento. Además de atestiguar la posesión de unos conocimientos y de una competencia, infiere asimismo un catálogo de presunciones unidas de consuno a su credencialización, ofreciendo una información apriorística de aspectos cualificacionales que se encuentran en estado potencial a la espera de ser fácticamente contrastados. Desde el prisma de la gestión de los recursos humanos, las empresas o sujetos que seleccionan a los trabajadores utilizan los aspectos curriculares como apoyatura indagatoria extrayendo referencialmente las aptitudes, actitudes y cualidades personales de los aspirantes. Pensemos que la "empleabilidad" persigue una adecuación lo más congruente posible de las características psicosociales y laborales del demandante de trabajo bajo un

[9] En otras palabras, la formación superior sigue considerándose un valor específico dentro de la factibilidad potencial de otras opciones alternativas de inversión en formación. Es más, si utilizamos el "economicismo" conceptual que impregna hoy día cualquier debate en las ciencias sociales, podríamos aseverar que, según los activos con los que cuenta un titulado superior, el credencialismo académico sigue representando una tasa de rendimiento que supera, al menos como cosmovisión todavía dominante, el coste de oportunidad de invertir dentro de un proyecto de formación universitaria; y ello, con el horizonte temporal de un cuatrienio generalista y, en su caso, bienio de especialización complementaria, como valores promediales asociados de inmediato a su proceso de toma de decisiones. Con mayor amplitud sobre estos temas, vid Piore M. "La importancia de la teoría del capital humano para la economía del trabajo", en la obra "El mercado de trabajo. Teoría y aplicaciones" (Coord. Toharia), Alianza, 1983, pp. 105 y ss.

perfil prototípico y a tenor de un contexto determinado, lo cual puede hacerse depender, en efecto, del nivel de instrucción o de la pericia técnica poseída pero también de variables actitudinales hacia el trabajo, de aspectos psicoprofesionales, competencias distintivas (trabajo en equipo, iniciativa), incluso de indicadores de utilidades organizacionales (v.gr. capacidad de comunicación, capacidad adaptativa, capacidad de seguir aprendiendo etc)[10]. Por consiguiente, el título opera a modo de *tamiz informativo vs. selectivo* que facilita la adecuación de las habilidades, destrezas y competencias del personal de ingreso con los requerimientos funcionales de los puestos ocupables.

3) Así con todo, muchas variables están ejerciendo una notable influencia en la composición estructural de los egresados universitarios y en las cosmovisiones derivadas como fuerza particular de trabajo. Los conceptos "sobrecualificación", "subempleo", "precarización añadida", "empobrecimiento económico", "mileurismo", "segmentación vs. polarización cualificacional", o "pérdida de los indicadores de rol" forman una batería eidética que desvaloriza la cosmovisión global del titulado superior, adquiriendo además unos rasgos muy particulares en el comportamiento del cual son objeto en nuestro mercado de trabajo. Pensemos que estos términos van a seguir protagonizando gran parte de las transformaciones venideras en la enseñanza universitaria y de los cambios que augura la propia inercia performativa de las cualificaciones laborales. El horizonte presenta necesidades productivas que abocan a un mayor grado de informalidad en las estructuras organizativas, que permeabilizan las jerarquías y las demarcaciones funcionales, y que, al socaire de un modelo dinámico de profesionalidad, relega a un segundo plano los sistemas de inserción y encuadramiento basados en posiciones bien precisas y definidas. No en vano, el EEES es una respuesta institucionalizada a la necesidad de homogeneizar la oferta universitaria y de hacer más transparentes los sistemas de credencialismo académico en un contexto de unidad de mercado y acusada movilidad, lo cual plantea un futuro incierto para muchas de las variables apuntadas.

[10] Sobre la extensa tipología de variables psicoprofesionales que pueden ser utilizadas organizacionalmente, vid los análisis de Cotton y Charner en la obra "La persona en la empresa: iniciativas de integración y desarrollo", coords. Palací Descals/ Topa Cantisano, UNED Ediciones, Madrid, 2002, pp. 141, 142.y 175. Deberíase reparar en el hecho que disciplinas como la psicología del trabajo o la organización de empresas ejerzan una influencia cada vez más notable en la construcción del derecho social, asistiéndose hoy día a una afluencia de paradigmas y universos conceptuales provenientes de ambas áreas en el derecho del empleo. En este sentido, son muy claros los intentos cooptativos de la temática del mercado laboral por el derecho del trabajo, especialmente en el mundo académico universitario, en un afán de demostrar quizás una posición de superioridad teórica sobre el resto de disciplinas sociales, cuando en verdad la contundencia gestional del empleo demuestra sin ambages que una gran parte de la actividad intermediadora se esté llevando a cabo por licenciados en psicología.

El análisis quizás deba partir de la inflación educativa experimentada durante las últimas décadas junto a los desajustes sistémicos que endémicamente adolece nuestro sistema de enseñanza. Y es que el fenómeno "titulismo" vs "titulitis" no ha dejado de crecer entre nosotros desde el tardo-Franquismo hasta hoy, primero al erigir el título en una seña indicativa de la movilidad intergeneracional e intrageneracional activada tras un sistema de clases rígido y autocrático, hasta hacer luego del acceso a la universidad un mecanismo igualador y distributivo de las oportunidades educativas. Si a ello añadimos las reformas sempiternamente pospuestas en el subsistema de formación profesional, con la minusvaloración social concomitante de la FP y de los oficios tradicionales, el resultado no podía ser otro que una afluencia desmedida de alumnos a la universidad, masificación que de consuno con estrategias curriculares poco realistas terminaban de acentuar el alejamiento de los requerimientos mercadológicos cualificacionales del sistema reglado de enseñanza. No es extraño entonces que los niveles para la contratación de personal se hayan ido elevando sucesivamente para absorber un aumento continuo de personas instruidas que desean insertarse por primera vez en el mercado de trabajo[11].

Ahora bien, una expansión demasiado rápida del número de universitarios, tal como ha pasado en España durante las últimas décadas, impide una absorción correcta de dicha fuerza de trabajo pues el mercado no es capaz de integrar a todo un colectivo coextenso y de alta cualificación añadida, de ahí que el subempleo de los egresados en puestos no correspondientes a su bagaje formativo junto a la sobrecualificación general del universitario sean las consecuencias inmediatas de tamaños desajustes estructurales. Según estimaciones de la OCDE, un 38% de los trabajadores españoles ostentan un título superior sin estar contratados como profesional o técnico de alta exigencia formativa, un 35% de universitarios se encuentran trabajando por debajo de su formación, mientras que un 40% no consiguen estabilidad laboral hasta cinco años después de graduarse. Paralelamente, y este mismo orden de ideas, si hace apenas siete años quienes tenían una carrera universitaria ganaban un 73% más que otros segmentos laborales con menor nivel de instrucción, hoy el margen se ha reducido al 47%[12], lo cual decrece sustancialmente la –teórica– ventaja socioeco-

[11] Con mayor amplitud teórica sobre este extremo, vid Blaug M. "¿Dónde estamos actualmente en economía de la educación?", en Oroval Planas E. (ed) "Economía de la educación", Ariel, Barcelona, 1996, p. 35.

[12] En todos los países de la OCDE las personas con mayor nivel formativo son retribuidas con sueldos más elevados, sin embargo España se ha convertido en uno de los países con las diferencias salariales menos acusadas entre los niveles más altos y más bajos de formación, habiéndose acusado especialmente durante los últimos años la reducción tendencial de las diferencias salariales en los diferentes niveles educativos (73 puntos de diferencia en 1997, frente a 43 en el 2004). Vid. OCDE "Panorama de la educación…" op. cit, pp. 20 y 21.

nómica del universitario, amén de evidenciar la imagen, transformada ya en heurístico decisional, que con menos años de estudio se alcanzan sueldos similares e incluso superiores a muchas cohortes de titulados. En otras palabras, la evidencia empírica configura la idea que no es preciso satisfacer un umbral mínimo de conocimientos para conseguir un desempeño laboral adecuado, existiendo hoy día en España una relación tan débil como lábil entre los resultados académicos y la retribución global de tales trabajadores.

El panorama expuesto empieza empero a ofrecer algunos signos de cambio con el crecimiento menos intenso de las tasas de universitarios y con el aumento constante de titulados en ciclos formativos de grado superior[13]. En principio, las perspectivas de empleo en la Unión Europea oxigena el panorama de los egresados superiores pues se prevén que las ocupaciones de alto nivel educativo pasen del 25% al 31% en el 2020[14]. Pero desde mi punto de vista el reajuste estructural va a efectuarse a costa de ahondar en la polarización interna del colectivo de universitarios, no siendo ilusorio pensar que muchas cohortes se ubiquen en posiciones extremas del arco ocupacional y formativo. Pensemos que la depreciación endémica de la FP ha trastocado la afluencia de trabajadores en tareas y ocupaciones intermedias de muchas áreas profesionales donde teóricamente habrían debido ubicarse muchos más segmentos poblacionales con dicha instrucción. Es más, tenemos sectores donde, a diferencia de otros países, nuestro mercado no activa la inserción de licenciados pese a ser campos sobremanera fértiles para su empleo (v. gr. aeronáutica, biomedicina, nuevas fuentes energéticas, telecomunicaciones etc.). De ahí que sin una adaptación coherente del sistema educativo en su conjunto, y particularmente del subsistema universitario como vértice del mismo, se corra el riesgo de acentuar los fenómenos de polarización, sobrecualificación y credencialismo académico.

4) Respecto al último de los fenómenos referenciados, debemos partir en principio de un dato positivo e ineluctable. La universidad dispone, cierto es, de óptimas perspectivas de empleo asociadas al conocimiento así como de un campo sobremanera fértil de oferta y demanda formativa superior, sin embargo

[13] Vid OCDE "Panorama…" ult. cit., p. 12.

[14] Según EUROSTAT, la demanda de servicios en la Unión Europea acapararán tres cuartas partes de los cien millones de empleos que se prevén cubrir desde el 2006 hasta el 2020, sobresaliendo las actividades relacionadas con la prestación de servicios a empresas (tecnología de la información, seguros, consultorías), salud, trabajo social, hostelería, servicios personales, catering o educación. Sobre el papel, todo ello dinamizará perfiles de alta cualificación asociados al marketing, logística, dirección de ventas, tecnologías de la información, administrativos, y enseñanza profesional y técnica; la construcción se considera empero como un sector estable, previéndose ciertos recortes en la producción manufacturera; por el lado opuesto, la agricultura y el trabajo fabril son sectores que experimentarán pérdidas tendenciales de empleo neto, augurándose asimismo la reprofesionalización laboral de ciertas actividades manuales (v. gr. conductores).

también hay riesgos palpables de acentuar el fenómeno puramente credencializador de las titulaciones oficiales. Pese a las reformas legales realizadas en nuestra normativa universitaria, considero que hasta el momento el EEES se ha construido, más bien, sobre un orden predominantemente léxico y de voluntarismo académico sin convicción ni claridad general. España ha tardado más que otros países en reaccionar a la "Europa del conocimiento" y es lógico que esta tardanza ha agudizado un efecto cumulativo de otros tantos procesos de reformas pendientes, cuya cronicidad debe resolverse ahora además con plazos apremiados de cumplimiento. Pensemos, entre otras extremos, que el papel del título universitario no es el mismo en nuestro entorno mediterráneo que en otros países continentales o anglosajones, donde la credencialización no detenta un papel tan axial para el ejercicio de las actividades laborales. Nosotros contamos con un amplio catálogo de títulos oficiales diversificado en exceso y con visos de atomizarse aún más desde el 2010, junto a un protagonismo preponderante de los colegios profesionales en la ordenación de las actividades tuteladas por dichas corporaciones, y si bien es verdad que la unidad de mercado requiere dosis importantes de movilidad tampoco es menos cierto que la "estrategia maximim" abierta a la autonomía universitaria puede provocar distorsiones adicionales en la oferta y demanda de titulaciones, con el peligro de hacer de éstas últimas un artificio heurístico meramente catalogador de cualificaciones infra-potenciales.

A mi entender, y esta es una de las hipótesis centrales de nuestro análisis, el EEES predispone en esta primera etapa implantadora hacia un empuje desmesurado de títulos educativos que acentuará el credencialismo meramente formalista del título universitario. Dicho de otra manera, se corre el riesgo de minorar la seguridad de lo que el credencial parece o representa, esencia misma y última de su respaldo público; pero además, y unido a ello, con el efecto añadido de aumentar el desconocimiento del lugar social que ocupan las habilidades y dotes cualificacionales de quien posee la titulación, con la pérdida de crédito y reputación que todo ello conlleva desde el terreno institucional y credencialista. Bien es verdad que determinadas titulaciones seguirán operando a modo de "cláusulas de cierre" para acceder a ciertos puestos o ámbitos vedados oficialmente, pero no es difícil hipostasiar una rebaja sedicente en los requisitos de acceso, permanencia y egreso universitario ante la competencia desenfrenada a la que se enfrentarán todas las instituciones de educación superior. Y el resultado se comprueba ya con evidencia persuasiva: exceso de instrucción de nuestros jóvenes titulados (sobrecualificación) y trabajos infraremunerados por debajo de su capacitación universitaria (subempleo), cuando no desconfianza desencantada sobre el rol representativo de la institución académica ("entzauberung").

3. PRINCIPALES PARÁMETROS DE VALORACIÓN Y COSMOVISIONES PREDOMINANTES: UNA APROXIMACIÓN CUALITATIVA

La particularidad del empleo egreso de los titulados junto al enfoque que adoptamos al diseñar este estudio nos ha llevado a utilizar metodologías cualitativas de aproximación analítica. Se trata de estrategias fundadas en una rigurosa descripción del objeto investigado a través de una recogida sistemática de datos que llevan a un conocimiento directo del objeto de estudio. Los métodos cualitativos dan cuenta de esa realidad enfatizando la comprensión fenomenológica de su naturaleza pues infieren un tipo de información holística no mediatizada apriorísticamente ni filtrada por instrumentos excesivamente formalizadores, que a nuestro parecer no son del todo idóneos para aproximarse a algunos aspectos de la temática de empleo.

Pensemos que los estudios que vienen impulsando las universidades sobre la inserción de sus titulados, cuando tienen lugar, suelen usar metodologías cuantitativas, predominando quizás entre ellas las encuestas telefónicas al hilo de un universo muestral previo. No se puede objetar la relevancia de tales métodos pues proporcionan una radiografía global y estructurada del objeto de investigación, permiten explotaciones ulteriores con nuevas combinaciones analíticas, y facilitan un seguimiento temporal comparando los indicadores a lo largo de su decurso evolutivo. Ahora bien, la atomización de variables que inciden en el egreso de los universitarios junto a las particularidades que rodean la inserción de un grupo especialmente vulnerable, a nuestro entender redimensiona la utilización de enfoques cualitativos. Su potencia explicativa permite un acercamiento ideográfico al discurso evidenciando sin ambages las reflexividades inherentes a la temática estudiada, muchas de las cuales no afloran nunca a través de las encuestas, y aparte de ello son técnicas que facilitan el descubrimiento de otras realidades y problemas no imaginados por el propio investigador.

Dejando a un lado las ventajas de unos u otros métodos, quizás el problema estribe en su complementación mutua. Una utilización enfática de las encuestas puede inferir conclusiones desajustadas de la realidad material analizada, especialmente cuando la cultura evaluadora tiene tan escaso recorrido en el ámbito universitario, y cuando, además, la autocrítica desinteresada es un valor con tan parco arraigo en la institución académica. A su vez, dentro del espectro de técnicas que integran los métodos cualitativos escogimos tres herramientas concretas. Primero introdujimos determinadas preguntas en algunos apartados de la encuesta para que los sujetos opinaran sobre ciertos temas redactando ellos mismos y por escrito sus propias valoraciones, y luego aplicamos dos estrategias adicionales: entrevistas y grupos de discusión, debido a su flexibi-

lidad operativa y su compatibilidad metodológica con los análisis jurídicos. En cuanto al universo de estudio, se actuó sobre un perfil de sujetos con responsabilidad o experiencia directa en temas de empleo, siguiendo, como no podría ser de otra manera, las pautas y directrices metodológicas existentes para la operacionalización de ambas técnicas[15].

1) El primer dato que podemos destacar estriba en la emisión de opiniones *especialmente críticas* con la situación de los egresados, tanto a raíz de su inserción material como al trasluz de la formación recibida en el seno de la institución universitaria. Según demostraremos, las inferencias dialécticas que dominan el discurso se impregnan de heurísticos sobremanera contundentes que transmiten una sensación general de escepticismo y relatividad. Efectivamente, los sujetos encuestados muestran opiniones cargadas de una notable potencia desvalorizadora, latiendo un mensaje general de descontento con la función formativa de la enseñanza universitaria, cuando no otro paralelo de desconfianza en la institución académica. Estos reproches acaban finalmente configurando una cosmovisión de negatividad y disfuncionalidad que revierte de forma circular, y a modo de reflexividad heurística, en la concepción global de la temática que nos ocupa, hasta el punto de desempeñar tal juicio peyorativo una influencia extrema en las estimaciones generales del egreso de los titulados y en las consideraciones particulares extraídas al hilo de su inserción.

Entre dichas cosmovisiones, el discurso infiere una sensación relativizadora sobre la tipología de estudios ofertados, el nivel de enseñanza impartida y el grado de formación adquirida por los universitarios[16]. Para empezar se reco-

[15] Nuestras fuentes de información fueron sindicalistas y secretarios generales de los sindicatos más representativos (S), técnicos de empleo (TE), profesores universitarios (P), empresarios y representantes de las asociaciones empresariales (E), directores y puestos de responsabilidad de las oficinas públicas de empleo Estatales y Autonómicas (Ex), espectro que identificaremos con las siglas referenciadas. Las entrevistas tuvieron una extensión temporal de una hora de promedio (entre cuarenta y cinco minutos, y una hora y cuarto) siguiendo al efecto una estructura análoga, con preguntas contextualizadoras, descriptivas, valorativas y síntesis finales. Respecto de los grupos, optamos por una configuración interna donde predominara la presencia de sujetos con experiencia directa e inmediata con el mercado de trabajo: técnicos de empleo, directores de escuelas taller, intermediadores laborales. También contamos con profesores universitarios con docencia en la temática de las relaciones laborales (caso de profesores de derecho del trabajo, organización de empresas, sociología o economía), logrando de ese modo una combinación dialéctica del discurso y de las perspectivas, ora prácticas o teóricas, que aunó el acercamiento de posturas, el contraste de opiniones y los posibles puntos de consenso. Ese diseño nos llevó a una composición grupal de ocho personas (seis técnicos o profesionales de empleo, frente a dos profesores universitarios) a los que convocamos informándoles sucintamente sobre el objeto de la reunión. Las sesiones fueron grabadas en su integridad, y su duración osciló entre una hora y media y dos horas.

[16] *"Tenemos teóricamente la gente más cualificada, más brillante y preparada de todas las generaciones, según dicen los políticos, pero luego no encuentran trabajo rápido, luego entonces*

noce las profundas transformaciones experimentadas en el mercado de trabajo y en los requerimientos profesionales. La tríada capacitación/formación/cualificación se conciben como variables interdependientes en aras de la productividad del factor trabajo, de ahí el relieve conferido a la adecuación de los niveles cualificacionales con los requerimientos formativos impuestos por el mercado y con las transformaciones que éste último impone en los perfiles laborales[17]. Ahora bien, se objeta especialmente el distanciamiento de la universidad de las demandas empresariales y de las exigencias requeridas profesionalmente. Salvando carreras de alto perfil técnico y especializado donde subyace además un elemento motivacional intrínseco, las objeciones proliferan al denunciar la desconexión de la universidad con las demandas cualificacionales[18]. Entre la tipología de argumentos barajados, se aduce un tipo de formación que prima desmesuradamente los componentes teóricos en detrimento de la vertiente práctica de las enseñanzas, el desentendimiento de los itinerarios formativos y curriculares, incluso el hecho de ir bajando progresivamente los niveles de exigencia y excelencia académica, haciendo entonces de la universidad un escalón más del sistema educativo renuente a corregir los fallos derivados de su propio diseño y funcionamiento interno[19]. Esta distalidad

---

algo no cuadra…" (P). *"Yo escucho dos versiones con respecto a la formación universitaria. Por una parte, tenemos la generación más preparada de todas y tal, pero por otro tenemos por ejemplo el informe Pisa, que da caña por todos sitios. Entonces ¿cuál es la realidad? ¿Realmente tenemos gente buena o estamos en verdad ante la situación contraria: gente desastre, muy mal formada y preparada?"* (TE).

[17] *"En este debate es clave la vinculación entre formación y acceso al empleo, de manera que la gente esté orientada y que los cauces de comunicación sean fluidos"* (Ex) *"Todo tiene que estar aparejado con un apoyo importante a la formación de los recursos humanos…porque cualquier formación tampoco es la que origina productividad, sino que hay que dar una formación cualificada para lo que se requiere* (S). *En un mundo tecnológico donde lo que hoy se saca al mercado ya está antiguo mañana, si la universidad no va a un mismo ritmo…con un aparato anquilosado, las empresas formarán lo que necesiten, al margen incluso de la universidad misma"* (TE). Pensemos que esta adecuación, además de entenderse como un paso inexcusable en un plano relacional también es interpretada como un pre-requisito con vistas a objetivos más generales y ambiciosos, como ocurre con la venerada "calidad" en el empleo. Así: "*A nosotros no nos vale cualquier empleo. Nosotros queremos un empleo de calidad. Y un empleo de calidad sólo se puede dar si las empresas son más productivas y son más competitivas. Con empresas ruinosas no puede haber calidad en el empleo. En un mundo globalizado como el que estamos no podemos aspirar a otra cosa"* (S).

[18] V. gr.: *"La universidad ha estado siempre muy desconectada de la realidad. Ha sido el aparcamiento de posibles desempleados durante los últimos veinte años"* (P). *"¿Que de quién es la culpa? Habría que tratar otros temas, pero es verdad que la universidad ha estado muy desconectada de la realidad"* (TE).

[19] *"Teoría, teoría, teoría, demasiada teoría que luego no sirve para nada"* (Ex). *"Lo que hay que hacer es mostrar a los alumnos lo que en realidad hay fuera, porque si no luego se los van a comer sin remedio"* (Ex). *"Efectivamente, son unos alumnos estupendos, pero no tienen*

de la universidad con su contexto se asocia, entre otros factores, al anquilosamiento de muchas de sus estructuras, su falta de agilidad adaptativa, su excesivo formalismo teórico, o el desarrollo inercial que caracteriza gran parte de sus ámbitos de actuación, inclusive desde posiciones y esferas de poder interesadas, con la paradoja de eludirse la autocrítica –valor teórico de la institución en sí– en pro de la autocomplacencia académica[20].

Precisamente, las evidencias del mentado distanciamiento gravitan sobre la "*sobre-cualificación*" que envuelve la figura del egresado universitario. "Infraocupación", "subempleo", "sobreeducación", o desempleo, son variables terminológicas reiteradas en las investigaciones para rotular una situación de *"trabajo no apropiado de rol"*, o lo que es igual, la falta de correspondencia entre la "cualificación" inferida a raíz del título y la "calificación" derivada del encuadramiento laboral del titulado mismo. El discurso se hace eco de ello denunciando esa realidad ya impregnada en el estatus profesional de los egresados superiores, y que conduce a la petrificación de un bagaje formativo junto a una infravaloración concomitante de todo un capital humano acumulado[21]. Bien es cierto que muchas estimaciones de dicho "efecto perverso" se llevan a cabo circunstancialmente, esto es, describiéndose sin más el problema de esa

---

formación ninguna" (P) "*…lo que aprendieron, si es que aprendieron, se les olvidó en las aulas"* (E)*"Pienso que hay que matizar según las titulaciones. El que está estudiando medicina o arquitectura…eso es otra cosa…se es consciente de lo que se tiene entre manos, pero el resto…"* (P).*"Seguimos incidiendo excesivamente en el tema de los licenciados, cuando a lo mejor lo que pasa es que nos hemos olvidado de una formación profesional que es básica, que existía, que era además bastante buena, en la idea de lo que fueron en su momento las universidades laborales, y que en realidad son los verdaderos profesionales que necesitan las empresas; esta clarísimo* (TE).

[20] *"No; la universidad ni ha sido ni está siendo capaz de adaptarse a las necesidades ni de modernizarse"* (TE) *"La maquinaria universitaria es demasiado pesada y mira para su propio ombligo"* (Ex). *"Llega el profesor a clase, escupe los temas y se larga. Le da igual que los alumnos aprendan o no aprendan. Es funcionario y le van a pagar de todos modos"* (Ex). *"Si un profesor es investigador pero un zoquete enseñando, pues que no pise una clase… que se vaya a un instituto universitario, pero que no imparta ninguna clase pues en lugar de enseñar desmotiva"* (TE). *"Luego están los politiquillos universitarios, el carguismo…que como en todas partes una vez arriba no hay quien los menee de sus asientos"* (Ex). *"Una vez que se ha formado el chiringuito, se utiliza la universidad para el beneficio propio o de unos cuantos untados que rentabilizan las atalayas académicas, no para beneficio de la sociedad"* (S). *"Señores, vamos a hacer un poco de autocrítica. Abramos la universidad a la realidad del mundo laboral. Digámosle lo que es la verdad del mercado a los universitarios*" (TE).

[21] El discurso reconoce dicho hiato a veces como descripción general, aunque los matices también subyacen al valorar la polivalencia de determinados títulos, especialmente en las macroáreas de humanidades, ciencias sociales y jurídicas. V. gr. *"…la mayoría de las carreras se les dan trabajo con una categoría profesional pero muy por debajo de sus posibilidades"* (TE). *"Los licenciados en empresariales, la mayoría, todos, hacían funciones administrativas, mientras que los licenciados en derecho apenas tenían cabida…con lo que se emplean en lo que pueden"* (TE).

falta adecuativa, lo que a mi entender transmite una visión de normalidad en la percepción de dicho efecto rayana la percepción neutra del mismo, inclusive con una interiorización reificada del fenómeno con escasa fuerza valorativa.

Según lo expuesto, puede sostenerse con bastante verosimilitud la virtualidad credencialista del título universitario, extensible al rol desempeñado en sentido análogo por la institución que lo respalda acreditativamente. Bajo posiciones próximas quizás a un "neo-Keynesianismo educativo", podría sostenerse la creación artificial de títulos para compensar las deficiencias económicas en la demanda agregada, con el doble efecto legitimador de un modelo social de estratificación credencialista bajo el paraguas de una mayor eficiencia en el trabajo y con el respaldo añadido de la propia institución académica[22]. Efectivamente, el discurso admite sin ambages el credencialismo de determinadas titulaciones, en especial aquellas que ostentan una mayor raigambre en la construcción social de su cualificación adyacente, concibiéndose asimismo como un medio auto-referente con vistas a trayectorias profesionales posteriores[23]. No en vano, se admite sin ambages la valencia del título como mecanismo de selección de personal que agiliza los procesos de reclutamiento abaratando los costes[24]. Pensemos además que las medidas de empleo selectivo (v. gr. régimen de subvenciones y bonificaciones) junto a las deficiencias que adolece el contrato ideado para regular las relaciones laborales de los universitarios (prác-

[22] Más drástica y críticamente aún, Blaug llegaría incluso a sostener que el credencialismo es "una fachada concebida puramente para crear empleo para los profesores", en "¿Dónde estamos actualmente en economía de la educación…" op., cit., p. 25. Sobre las posibles explicaciones teóricas en la política de las sinecuras (capitalismo credencialista, socialismo credencialista, keynesianismo credencialista, incluso abolicionismo), vid el estudio de Collins, "La sociedad credencialista", cit., pp. 218 a 221.

[23]"Estamos ante un problema de cambio de mentalidad. A la universidad se va a buscar un título, y más principalmente en carreras como derecho. Eso explica que a mí no me interese escuchar al bufete de Garrigues, porque Garrigues no me va a aprobar las oposiciones, a mi Garrigues me da igual. Estoy hablando de mentalidad, esto es así" (P)/. Antes se venía a estudiar porque la universidad daba un título el título daba trabajo. También es verdad que entonces estudiaba quien estudiaba…pero es que el tema de la tradición pesa mucho en la universidad, cambiar entonces mentalidades cuesta mucho y en la universidad si me apuras mucho más…cambiar de mentalidad lleva mucho, mucho tiempo" (TE).

[24] *"Cuando vas a una empresa en un proceso de selección y preguntas ¿quiénes son los titulados, te das cuenta que es una forma de seleccionar personal que abarata mucho los costos de selección. Luego, esos titulados trabajarán en otras cosas*" (P). Pensemos que los procedimientos de búsqueda para la contratación de los trabajadores no sólo son costosos sino además, y sobre todo, socialmente conflictivos. El título es un fulcro aglutinante de numerosos filtros (edad, sexo, estado civil, resultados académicos etc) lo que es tanto como legitimar su empleo bajo sutiles criterios de equidad. En cierto modo, podríamos sostener que el credencialismo académico es un mecanismo homeostático que soslaya bajo un paraguas de racionalidad, eficiencia y equidad pública el sempiterno conflicto de intereses existente entre capital y trabajo.

ticas) confirman el hecho de hacer primar institucionalmente el fomento del empleo del titulado a costa de los aspectos sobre los que en puridad debiera pender su contratación. De ahí que al desdibujarse el principio de causalidad formativa, se refuerce la tesis credencialista como cosmovisión dominante del empleo egreso que sosteníamos en el planteamiento inicial de nuestro análisis.

2) Junto a los heurísticos descritos, se añaden otras cosmovisiones residenciadas ahora en el perfil del titulado universitario que retroalimentan esa visión peyorativa latente en el discurso. Empezaremos con una reflexividad muy presente en los mapas cognitivos de numerosos egresados y que en mi opinión ejerce una gran influencia en momentos clave de elección curricular o de selección de trayectorias profesionales y formativas. Lo denominaremos *"concepción cortoplacista de la realidad"*. Muy probablemente, los mensajes negativos que acompañan la trayectoria vital del universitario estén propiciando la asimilación de esquemas axiológicos coyunturales y presentistas de su propio estatus socioprofesional. Ante las dificultades para esbozar una contemplación positivo-proyectista de las situaciones, emergen actitudes que maximizan las ventajas circunstanciales o extreman temporalmente una situación coyuntural sin una asunción integral de responsabilidades y sin valoraciones lógicas del contexto real y de los escenarios venideros. Las concepciones derivadas de ese "déficit perspectivista" desembocarían entonces en ese afianzamiento en lo conocido, la "seguridad" o la "comodidad" inclusive, de ahí que el repliegue en lo inmediato o en el "estatus quo" pueda ser interpretado como una respuesta dialéctica a una situación de crasa incertidumbre. De hecho el fenómeno es harto elocuente entre la población joven en general y particularmente entre quienes detentan una titulación universitaria, donde como veremos subyacen numerosas paradojas.

La primera de ellas estriba en una crítica focalizada hacia la "actitud" dominante dentro de dicho colectivo. "Apatía", "presentismo", "abulia", "acomodamiento", "falta de iniciativa", son objeciones muy compartidas en el discurso[25]. A ese esquema axiológico se añaden además las pretensiones de

[25] "En mi facultad soy responsable (cargo académico) de gente de derecho, de empresariales, de económicas… y estoy notando una pasividad en la gente tremenda. Este año trajimos a la facultad a Garrigues, y sólo asistieron 12 personas, ojo, que estamos hablando de Garrigues, uno de los mejores despachos de ámbito nacional, con garantías de formación, master internacional etc. Vino también a nuestro centro Pryce, y regular… Por el contrario, llevamos a (otro banco local) y se llenó, sabiendo que ofrecen un sueldo mísero, precariedad, trabajo de nueve meses y luego a la calle. Esta mañana ha estado la CSS, una caja de ahorros en expansión que ha abierto oficina aquí…: sólo cuatro personas… Decepcionados. Traemos empresas interesantes, pero muy poca gente, muy poca gente… Sin embargo, cuando estemos el día de la graduación vamos a ver 250 personas, con becas rojas, naranjas… Entonces ¿qué es lo que pasa? ¿Lo tienen todo en sus casas?" (P)…/"Comparto totalmente esa idea. Nosotros hemos dado charlas sobre

sinecura o el desinterés en la formación, ora cultural y universitaria, hasta el punto de criticar algunos académicos un pseudo-derecho de los alumnos "a no estar formados"[26]. Todo lo cual activa un círculo retroalimentativo que parte de una sensación de desconfianza sobre un sistema en puridad formal y credencialista, revierte sinérgicamente en muchos aspectos de la educación superior, hasta servir incluso de base legitimadora para justificar el desinterés por la docencia entre los propios profesores universitarios.

Otra paradoja estriba en las resistencias que muestran los egresados para la movilidad geográfica. No es desconocida la falta de proclividad que detentan amplios segmentos de trabajadores para movilizarse pese a su dinamización y a los desequilibrios regionales existentes en nuestro país[27]. Efectivamente son muchas y complejas las variables que determinan ese mayor o menor grado de disponibilidad locativa, sin embargo la evidencia empírica demuestra que hay una relación directa con el nivel de formación, la edad o la situación familiar. Precisamente el universitario aúna estos tres parámetros al ser el perfil que en teoría ostenta una mayor receptividad para asimilar el cambio geográfico, máxime al verse compelido a buscar empleo por vez primera tras la finalización de sus estudios. Pese a ello, empero, proliferan las opiniones que transmiten

---

yacimientos en varias carreras, en ciencias de la educación, relaciones laborales, derecho, y en efecto no tienen ni idea de lo que es la carrera ni del porqué la están haciendo. Cuando le hablas de un emprendedor, de un trabajador autónomo, de un empresario…les pregunto ¿qué estáis haciendo aquí, cuál va a ser vuestro futuro?. Y al final todo el mundo quiere hacer unas oposiciones o entrar en una institución que les dé una seguridad, tener un salario y un contrato estable (TE)…"Eso que señalas puede ser resultado de la política de empleo que se están desarrollando desde hace unos años" (P)/; Yo cada vez que hablo con ellos o hemos tenido una reunión a mí me da vergüenza: apáticos, les importa esto una leche, parece que ni si quiera te están escuchando…te incita a decirles: mire, si no le importa pues váyase. Un tema de yacimientos, se lo planteo así de claro, y les digo: señores: les he dado 460 profesiones de iniciativas posibles que no tenían antes ni idea…se los he hecho a conciencia para aburrirles, para que sepan las posibilidades que tienen…Pues como el que oye llover. Luego se acerca una chica que estaba estudiando ciencias del trabajo y te cuenta: yo tenía pensado montar una asesoría pero como estamos en período de crisis…Y yo le decía ¿pero chica, tú sabes cuál es realmente tu trabajo? Precisamente en la crisis es cuando vas a tener más trabajo, cuando van a producirse más despidos, cuando las empresas van a necesitar más asesoramiento para optimizar los rendimientos. Y quizás una de las claves es esa: enseñar al universitario lo que es la realidad, vamos a decirles lo que está pasando fuera" (TE).

[26] *"Claro, pero es que son alumnos que no se leen un periódico, que no ven un telediario, pero eso sí, no se quitan de salir el fin de semana…"* (P); "*Efectivamente, son unos alumnos estupendos, pero no tienen formación ninguna… y no solamente eso: tienen asumido el derecho a no estar formados; no quiero estar formado, no me da la gana* (P). *"Piensan: yo pago mi matrícula, vomito lo que Vd ha dicho en clase y ya estoy aprobado, ya está, no me complique la vida, nada más…Y eso que estamos hablando de buenos alumnos"* (P).

[27] Sobre estos extremos, vid Alemán Páez F. "La movilidad geográfica. Problemática social y régimen jurídico", Ed. Tecnos, Madrid, 2001, en espec. pp. 26 y 39.

una sensación contraria a dicha hipótesis y que confirman las resistencias movilizadoras de los universitarios más allá de ciertos radios de acción, generalmente bajo la proximidad referencial de la población originaria o el contexto conocido[28], lo cual acaba asociándose a una "cultura proteccionista" y al papel ejercido en este terreno por las redes familiares[29].

Para finalizar, y en esta misma línea de objeciones críticas, el discurso identifica otra imagen poco favorable consistente en la falta de una "mentalidad emprendedora" en el perfil de universitarios. Se trata de una idea muy latente en las narraciones vertidas por los sujetos y expertos examinados, los cuales le atribuyen un destacado protagonismo ya por la prevalencia de un tejido microempresarial en nuestro sistema de relaciones laborales o por tratarse de un valor que "prima vacie" debería subsistir idiosincrásicamente en el titulado superior[30]. Con todo, la cosmovisión descrita revierte negativamente en ambos

[28] "Está muy bien la movilidad cuando hay posibilidades, pero claro, si no las hay esas posibilidades…Yo mismo en clase observo lo que pasa con los alumnos. Les pregunto ¿Vosotros qué distancia estaríais dispuestos a recorrer para cambiar de ocupación? Nosotros 100 kmts, responden en la mayoría de los casos; en esa distancia no hay demasiados problemas ¿Cuánto queréis ganar? ¿Qué es lo que haríais para completar una formación que no tenéis? Al final te encuentras que ellos mismos no contemplan, no ven la posibilidad que se les está ofreciendo, porque van a los 1000 Euros. Entonces les digo ¿Tu no te irías a Huelva a ganar 1300 Euros? Te dicen, no porque hay que comprarse el coche, el piso, hay que hipotecarse, alquilar es tirar el dinero etc… (P)/; Ocurre que durante la vida del taller de empleo salen puestos de trabajo pero la gente no se quiere colocar, porque hay que moverse" (TE).

[29] "Hay un entorno que induce a ver las políticas laborales jodidas porque no hay un espíritu de moverse debido a otros condicionamientos. Eso es una cultura que hemos creado entre todos, cultura muy proteccionista, y luego hay un entorno que no facilita el traslado o la adaptación. Ojo, que estamos pensando en distancias que están ahí al lado" (P). Algunas opiniones sostienen a su vez la existencia de rigideces de sesgo funcional en determinados segmentos de egresados, que llevaría a un estrechamiento de las posibilidades de empleabilidad abiertas por el propio título. P.ej: "La mentalidad es esa: he estudiado derecho, tengo smoking, y sólo trabajo en una oficina o un bufete, así es como se ven, eso es lo que tenemos aquí. Gente que incluso cuando va al paro no piensa en lo que quiere ser. No les importa. Ellos se van a ver en su profesión. Fijaros cuando van a la oficina de empleo. Se presentan: soy titulado. Se les pregunta ¿Vd. a qué se quiere presentar? Sólo algunos que ya son más avispados van poniendo que pueden ser administrativos si tienen esa carrera. Pero la mentalidad que tenemos es: yo cuando salga voy a trabajar en lo que he estudiado…aquí me quedo y además aquí cerca. Por eso, por ejemplo, durante mucho tiempo las profesiones de derecho se llenaron de hijos de abogados, que creían que iban a terminar en el bufete…Pero aquí nadie piensa en trabajar de cualquier cosa… porque aquí lo tengo en casa, porque aquí tengo mi coche, porque aquí tengo mi dinero para el fin de semana y si no lo tengo se lo da el padre para que no sea menos…" (TE).

[30] "Nosotros hemos hecho un estudio sobre la mentalidad de los jóvenes en el tema de emprender. En la secundaria, la mentalidad que tienen esos chavales de 15 o 16 años en el futuro vemos que dependiendo del territorio hay una diferencia abismal, pero está claro que no existe mentalidad emprendedora desde el principio" (TE)./ "Los universitarios no emprenden. La mentalidad de sacar la carrera al mismo tiempo que se trabaja…yo recuerdo haberme sacado la carrera mientras trabajaba, pero eso hoy no existe; lo que existe es eso: vamos a la universidad,

aspectos. El déficit de la "voluntad visión", además de tamizar peyorativamente el estereotipo del universitario, trasciende al mismo infiriendo una sensación de "diletantismo empresarial y profesional". La falta de iniciativa emprendedora, con la fuga de empresas o la pérdida de su protagonismo estratégico en el tejido productivo, son, entre otras causas y preferencias condicionadas, factores que propician el "escape" de los alumnos fuera de sus distritos originarios, pudiendo influir con bastante probabilidad en la selección del campus donde cursar los estudios superiores y en las decisiones formativas posteriores una vez que son finalizados. Pensemos que el seguimiento de una formación complementaria será una dinámica revalorizable con la implantación del grado y del postgrado, pudiéndose hipostasiar la elección de otras ofertas formativas extramuros de la universidad presencial.

4. EL ACCESO AL EMPLEO DE LOS EGRESADOS UNIVERSITARIOS: UN ANÁLISIS DE CASO

El análisis cualitativo antes expuesto encuentra un útil contrapunto metodológico con su complementación cuantitativa. Se trata de mostrar la casuística que envuelve al titulado como fuerza de trabajo descomponiendo su situación analíticamente mediante un elenco de variables. Nos apoyaremos entonces en un *estudio de caso*, acometido bajo la iniciativa del instituto municipal de desarrollo económico y empleo del Ayuntamiento de Córdoba y con el apoyo académico de la institución universitaria de dicha capital, que se personificó en un equipo de profesores de distintas áreas de conocimiento. El universo muestral estuvo compuesto por egresados con al menos tres años de antigüedad en el mercado, procedentes del conjunto de titulaciones oficiales. Las poblaciones, debidamente estratificadas por macroáreas, estuvieron formadas por 2434 y 2062 personas, escogiéndose dos cursos académicos de comparación temporal, mientras que la recogida de información se realizó por vía telefónica y telemática a través de un protocolo previo[31]. Aunque se trata de una radiografía particular que responde a un contexto bien definido, se infieren conclusiones y

convertirla en aparcadero, sacarnos unas oposiciones" (TE)./ la mentalidad emprendedora es mucho de educación, de conciencia" (EA)/; "El espíritu empresarial no se improvisa. Jefes con mentalidad managerial los hay en Madrid, Barcelona o Estados Unidos. Pero es fruto de generaciones. Tiene que mamarse desde niño" (TE).

[31] La obra, dirigida por el Prof. Navarro Nieto y coordinada por la Pfra Ceular Villamandos, llevó por título "Universidad y Empleo (Análisis del empleo, desempleo y subempleo de los egresados de la Universidad de Córdoba)", 2007 (358 págs.), mientras que los cursos de referencia correspondieron a los años 2001/02, y 2002/03.

situaciones hipotéticamente generalizables al conjunto de titulados españoles. Así, y a modo de contrapunto comparativo, la universidad española cuenta hoy día con 73 instituciones con capacidad legal para desarrollar actividades docentes e investigadoras. Entre el catálogo de titulaciones ofertados (140), prevalecen las enseñanzas técnicas (con 59 títulos, muy diversificados por especialidades), seguidas de las ciencias sociales y jurídicas (31), humanidades (26), experimentales (15) y ciencias de la salud (9)[32]. El porcentaje de alumnos matriculados (1.272.222 estudiantes, frente a 165.000 egresados –curso 06/07-) se distribuyen por este orden de la siguiente forma: ciencias sociales y jurídicas (47%), ciencias de la salud (27.5%), carreras técnicas (9.1%), humanidades (8.8%) y experimentales (7.6%). Como tendencias equiparativas, el macroárea de las ciencias sociales integra los títulos más demandados debido a su polivalencia y a sus menores tasas de desempleo, se asiste a una pérdida relativa de las titulaciones técnicas pese a mantenerse su demanda, aumenta el peso específico de las titulaciones integradas en ciencias de la salud, mientras opera una disminución porcentual de alumnos de nuevo ingreso en humanidades, carreras técnicas y experimentales[33]. Con estos datos, utilizaremos algunas de las conclusiones del análisis local al trasluz de mi participación en dicha obra y lo reconduciremos a las hipótesis que venimos manteniendo a lo largo de este trabajo, añadiendo por supuesto las reflexiones pertinentes en cada caso concreto.

4.1. **Aspectos coyunturales del egreso y posible estructuralidad**

El análisis referenciado pretendió extraer una radiografía general sobre la inserción de los titulados en el tejido productivo, de ahí que se arbitrara un primer bloque de preguntas para cotejar la forma como se canaliza dicha transición. Tratándose de un estadio coyuntural, se indagó en el tiempo que llevaran trabajando, el plazo que requirieron los alumnos en encontrar ocupación, o las dimensiones de las empresas,

1) Las respuestas obtenidas a la primera pregunta ofrecieron un grado de inserción en general positivo de los titulados superiores. Los cursos académicos examinados revelaron porcentajes comprendidos entre el 71.9 % y 66.8 % de alumnos empleados tras finalizar sus estudios. La objeción residiría quizás en la disminución de cinco puntos porcentuales en tan corto espacio de tiempo comparativo, lo que en términos de capital humano corrobora la pérdida del

[32] Cfr. "La Universidad Española en Cifras. 2008", Dtor. J. Hernández Almenteros (CRUE), pp. 36 y ss.

[33] "La Universidad Española en cifras…", ult., cit., p. 60.

peso específico del universitario como grupo privilegiado de inserción. Diseccionando las cifras por razón de *género*, se detectaron diferencias muy significativas en la proporción de hombres y de mujeres en paro pues éstas últimas superan ampliamente a los primeros en quince puntos porcentuales (39.6 % frente a 24.9 %, respectivamente), reproduciéndose el mismo disfavor que adolece la mujer a nivel general como grupo vulnerable de inserción.

Mayores son los matices al analizar la empleabilidad de los egresados por *macroáreas*. La heterogeneidad impregna dicho apartado debido a la casuística dimanante de la titulación de origen y a la multitud de variables que entran aquí en juego, sin embargo subsisten diferencias de rango en la inserción laboral según la formación originaria y el título académico. El primer nivel, que correspondería a un nivel bastante alto de empleabilidad, se encuentra en las enseñanzas técnicas, con porcentajes que rozan el 90 % de inserción -cuando no la totalidad- en las titulaciones de dicha macroárea. El segundo nivel, que correspondería a un grado alto de empleabilidad, se ocupó por las ciencias de la salud, cuyas titulaciones rondan el 80% de inserción. En un nivel medio-alto se ubicaron las macroáreas relativas a las ciencias experimentales así como las ciencias sociales y jurídicas, existiendo empero títulos específicos que detentan un nivel de empleabilidad próximo a niveles óptimos (v. gr. licenciado en ciencias ambientales, psicopedagogía, relaciones laborales, o ciencias del trabajo). Por el lado contrario, y con un grado insuficiente de inserción laboral, se encuentran las humanidades, cuyos porcentajes se encuentran muy por debajo de la media general del empleo egreso.

Como datos complementarios, resaltaríamos dos consideraciones. La primera estriba en la falta de relación detectada entre el expediente académico del egresado y su inserción posterior en el mercado local de trabajo. Ya vimos que no hay correlaciones significativas entre el tiempo invertido en encontrar trabajo a tenor del expediente académico, y que las empresas tampoco otorgan un especial relieve a la universidad donde se cursaran los estudios originariamente (v. gr. informe Cheers). Ello lleva a pensar otros factores, esto es, de orden psico-social, relacionales, o referidos a la propia personalidad, a los que se atribuye una mayor valencia en la contratación del titulado, sobremanera si consideramos el relieve de la autocandidatura dentro de las estrategias de búsqueda usadas por los universitarios, pasando a un segundo plano el credencialismo formal del expediente académico[34]. Las segundas consideraciones

[34] En efecto, la autocandidatura acaparó el 25.13% de las respuestas obtenidas cuando se preguntó a los alumnos la estrategia seguida de búsqueda de empleo, a ella le siguieron los contactos personales (21.77 %), los anuncios en medio de comunicación (17.83 %), y otros (11.23 %) (p. 25 del informe). Sobre la relevancia tendencial de la personalidad en la contratación del titulado a nivel comparado, vid el análisis de Jim Allen y Rolf Van der Velden "La tran-

giran sobre el grado de inserción profesional que suelen detentar las titulaciones de reciente credencialización oficial. En nuestro caso, el número de contratos aumentó porcentual y comparativamente en aquellos títulos de implantación más reciente, como por ejemplo ciencias del trabajo, enología o tecnología de los alimentos. Por consiguiente, la novedad curricular de un título parece erigirse en un elemento estratégico que catapulta su impacto en el mercado de trabajo y que facilita la asimilación laboral de los nuevos universitarios en el tejido productivo y su inserción ulterior.

2) Otra pregunta examinó el tiempo que llevaban trabajando los titulados universitarios. Los cursos examinados infirieron cifras comprendidas entre los 30.2 y 25.5 meses como duración media del alumno en su trabajo actual, apuntando los datos más significativos a las titulaciones de enfermería, tecnología industrial, psicopedagogía, derecho, relaciones laborales o ciencias del trabajo. Se trata pues de indicadores que infieren una valoración general positiva, considerando claro está la situación de iniciación profesional que caracteriza el estatus sociolaboral del egresado. La advertencia quizás estribe en los cinco puntos porcentuales que difieren la temporalización de la encuesta pues evidencian una bajada muy llamativa de dicho indicador en apenas una bianualidad académica, lo cual corrobora la tesis que venimos manteniendo acerca de la pérdida del peso estratégico del empleo egreso universitario en términos de capital humano.

3) Otro epígrafe interrogó a los egresados el tiempo que tardaron en encontrar ocupación. Sabemos que la primera dificultad con que tropieza el colectivo de jóvenes en general, y particularmente los titulados universitarios, estriba en *las modalidades posibles de transición a la vida adulta*. En Europa predominan cuatro básicas: trayectorias de bloqueo en la inserción, lo que configura una fracción muy importante de jóvenes potencialmente excluidos; trayectoria de retraso en la emancipación, debido a un mercado laboral que prima la precariedad y la rotación; trayectoria de aproximación sucesiva; y trayectorias de éxito precoz[35]. A la luz de este planteamiento, y reconduciéndolo a nuestro objeto analítico, hipostasiamos la existencia de un modelo egreso caracterizado por su *trayectoria en precariedad, sobrecualificadora, saltuaria, y mediante aproximación* sucesiva. Efectivamente, la transición desde la educación superior al empleo, y en concreto el período de búsqueda de trabajo, es un problema

---

sición desde la educación superior al empleo", en la obra col (coords. Jiménez Aguilera/ Sánchez Campillo/ Montero Granados) "Educación superior y empleo: la situación de los jóvenes titulados en Europa. La encuensta Cheers", Universidad de Granada, 2003, p. 78.

[35] Vid. al respecto, Buedo JA. "Jóvenes sin empleo", en la obra col. "Tendencias en desigualdad y exclusión social (coord.. Félix Tezanos), Editorial Sistema, Madrid, 1999", pp. 326 y 327.

neurálgico que condiciona la inserción de los titulados "ex ante" y "ex post" a su encuadramiento profesional. Cuanto más tiempo pase el universitario en paro más aumentan las probabilidades primero de permanecer en dicha situación de inactividad, de hecho la evidencia empírica demuestra el riesgo que soporta dicho colectivo para "desengancharse" del mundo laboral renunciando a buscar empleos activamente tras un tiempo sin solución práctica o sin encontrar una vía adecuada a las aspiraciones legítimas de un alumno de formación superior. Pero ese riesgo de vulnerabilidad potencial, insita como digo en nuestro colectivo, guarda una conexión inmediata con la aceptación de ofertas sobrecualificadoras. Estar "cansado", "harto de buscar trabajo", "decepcionado", "defraudado con la formación recibida" o el "tiempo perdido" aparecen con frecuencia en los análisis cualitativos de dicho grupo[36]. Pienso además que estas expresiones de gran poder heurístico pueden operar a modo de mapas conceptuales proclives al subempleo del universitario, ora en puestos poco -o nada- relacionados con el título, ora en vacantes que exigen un nivel formativo muy inferior a la cualificación realmente poseída.

Así las cosas, el tiempo medio que tardaron los universitarios en encontrar trabajo osciló entre los 9.58 y 5.16 meses en los dos años académicos estudiados, dando un tiempo medio de búsqueda de 6.8 meses[37]. Cursar una formación superior presenta pues en nuestro caso un grado de interconectividad satisfactorio entre los niveles de inserción laboral con respecto al credencial académico. Ahora bien, la transición al empleo presentó alguna casuística particular según las macroáreas y titulaciones, pudiéndose distinguir de nuevo diferencias importantes en el tiempo de búsqueda conforme a dichas variables cualificacionales. El nivel de transición más rápido está, por ejemplo, en las enseñanzas técnicas, con una media de 4.11 y 3.21 meses de tiempo de búsqueda durante una bianualidad comparada, sobresaliendo aquí títulos cuya inserción resulta especialmente rápida (p. ej. I.T. Minas, I.T. Industrial, con apenas un mes promedial de espera). Las titulaciones de ciencias de la salud también tienen un nivel óptimo transicional (4.22 meses), siendo medicina y veterinaria las titulaciones con menor tiempo de búsqueda (1.63 y 3.49, respectivamente). Las ciencias sociales y jurídicas, junto a las ciencias experimentales, presentan tasas aceptables en las respectivas modalidades de transición, detectándose asimismo plazos breves de egreso en títulos imbricados con aspectos organizacionales de la actividad empresarial (p.ej. ciencias del trabajo o relaciones laborales, cuyos tiempos de búsqueda se reducen a 2 y 5.13 meses, respectivamente). Por el lado

[36] Para cotejar este extremo comparativamente, me remito a mi estudio "Grupos vulnerables. Procesos de formación y políticas sociolaborales", op., cit., p. 103.

[37] "Universidad y empleo…", p. 23.

opuesto, las humanidades adolecen de modalidades de transición mucho más dilatadas, duplicando y sobrepasando algunas licenciaturas la media general del mapa de titulaciones.

4) El estudio también abordó el egreso de los universitarios tomando como variable referencial el tamaño de la empresa. Sabemos la preeminencia que detentan las empresas de pequeñas y medianas dimensiones en el tejido económico español, regla ésta corroborada en nuestro mercado local puesto que el empleo se concentra prácticamente en unidades organizativas que tienen entre 1 y 20 trabajadores. No en vano, la absorción de universitarios prevalece en tales estructuras, sobremanera los egresados de ciencias sociales y jurídicas, cuyas redes a través de asesorías o bufetes es probable que absorba un gran número de perfiles provenientes de tales ramas. Ello contrasta con las titulaciones provenientes de enseñanzas técnicas, las cuales tienen una mayor presencia en empresas de mayor tamaño y que sobrepasan el centenar de trabajadores en plantilla.

4.2. **Condiciones básicas de trabajo**

El informe objeto de análisis dedicó un apartado a las condiciones basilares de trabajo de los universitarios, en la medida que proporcionan una idea nuclear del estatus profesional de dicho colectivo y de su posición de rol como fuerza sociolaboral. Para ello se indagó en la duración de los contratos, el tiempo de trabajo y el régimen salarial.

1) El primer bloque de preguntas interrogó el tipo de actividad desempeñada y la duración temporal de los respectivos contratos. Como dato destacable, habría que empezar apuntando la distalidad existente entre la proporción de titulados superiores que desempeñan su actividad por cuenta propia y los que desarrollan sus cometidos por cuenta ajena (con una "ratio" de uno a nueve, respectivamente). A su vez, dentro de la segunda variable, un 15.8 % de los encuestados declaró ser funcionario, un 31.5 % detentaban un contrato indefinido, mientras que un 37.3 % de universitarios formalizaron sus relaciones laborales mediante un contrato temporal. Según estos parámetros, se observa que la función pública absorbe cohortes muy altas de titulados, tratándose de un destino con un peso específico en las opciones profesionales del egresado cuando finaliza su formación académica.

La temporalidad es con contundencia el mayor de todos los indicadores, predominando además aquí las modalidades contractuales que propician una situación circular y recurrente de precariedad. Colacionemos antes el perfil profesional y las modalidades contractuales utilizadas en el empleo de los universitarios. Partamos de la base que el egresado pertenece a un grupo que accede por primera vez al mundo profesional abocadamente y sin experiencia

previa. Dentro de las modalidades de contratación contamos con tipos jurídicos que en verdad tienen como destinatarios naturales a los universitarios, siendo el contrato en prácticas el subtipo destinado a canalizar teóricamente la inserción de quienes ostentan una cualificación superior cubriendo el déficit dimanante de su falta de experiencia práctica, pero junto a ello coexiste otra variedad de contratos con la coyunturalidad y temporalidad como características análogas. Así, y en efecto, la encuesta evidenció un alto número de contrataciones temporales con la tríada obra- servicio/eventual/prácticas como modalidades preferidas por las empresas para formalizar sus vínculos profesionales con nuestros egresados. Salvo las ciencias sociales y jurídicas, la temporalidad aumenta en términos comparativos en casi todas las macroáreas, haciéndolo incluso en aquellos títulos donde dicho rasgo no ha estado tan presente hasta ahora, como por ejemplo ciencias de la salud o ciencias experimentales, hasta el punto de aumentar en las enseñanzas técnicas o, incluso de forma mucho más acuciada, en las humanidades. Bien es cierto que la encuesta ofreció alguna base para presumir la conversión de contratos temporales en indefinidos al albur de las previsiones impulsadas mediante las últimas reformas legislativas, sin embargo la duración temporal media de los contratos osciló entre once y doce meses, lo que junto al aumento porcentual de la temporalidad erige a la precariedad en rasgo tipológico de egreso entre los alumnos de nivel terciario.

Según lo expuesto, podría sostenerse la tesis que el mercado está dibujando una idea del universitario como *"élite de reserva"* hasta el extremo de enquistarse como rúbrica caracterizadora de dicha fuerza de trabajo. Es sabido que el régimen jurídico de las modalidades contractuales junto a su parca complementación en la negociación colectiva abre las puertas para la precarización socio-profesional del titulado, pero si a ello sumamos la compulsión del joven a su pronta inserción socio-laboral y añadimos la detracción a la contratación estable por las empresas, el resultado concluye un panorama demasiado permisivo que revierte peyorativamente en el estatuto jurídico del egresado superior. En efecto, la investigación evidenció una desvirtuación del modelo-tipo previsto institucionalmente para la contratación de dicho perfil, no siendo anecdótico el incumplimiento empresarial del principio de causalidad formativa inherente al contrato en prácticas, tal como veremos seguidamente. Y es que lejos de su virtualidad recualificadora, dicha modalidad parece utilizarse más bien como mecanismo de prueba o como filtro de selección del universitario. En otras palabras, el contrato en prácticas no está operando como puente de empleo ordinario del universitario, pudiéndose pensar en situaciones de *retorno circunvalar* del egresado al mercado de trabajo mediante circuitos de movilidad internos y recurrentes, inclusive su vuelta al desempleo con una escueta experiencia profesional una vez agotados los incentivos económico-fiscales de los que se hayan beneficiado las empresas con motivo de su contratación.

2) En lo que concierne al tiempo de trabajo, el estudio evidenció una prevalencia de la jornada completa frente a la jornada a tiempo parcial (80.5 % y 19.5 %, respectivamente). La primera aumenta proporcionalmente a medida que se amplía la dimensión de la empresa, mientras que el tiempo parcial repunta en la educación, las actividades sanitarias, veterinarias y servicios sociales, la administración pública, o el comercio.

3) Mayores inferencias pueden extraerse del régimen salarial de los titulados superiores ya que al desagregar las respuestas se obtienen situaciones dispares en la capacidad adquisitiva del colectivo. Aun existiendo varios niveles de retribución, sobresalen dos grandes bloques remuneratorios, con los *18.000 euros* (anuales) como indicador referencial de segmentación retributiva. Esa cifra enuclea el perfil evaluativo del universitario como fuerza de trabajo pues de hecho se condensa en esa franja el nivel salarial con el que suele retribuirse a la mayor parte de los egresados de dicho campus. También hay que destacar el peso específico de los *"mileuristas"* dentro de dicho grupo, hasta el punto de enuclear un importante segmento poblacional dentro del umbral *"menos de 9000 euros"*. Igualmente ilustrativas fueron las diferencias de los niveles adquisitivos de los egresados por macroáreas o titulación de origen, pues mientras las enseñanzas técnicas y las ciencias de la salud presentan un tratamiento salarial ventajoso, las ciencias jurídicas y las humanidades son retribuidas en menor cuantía. Aparte de todo esto, se confirman las desigualdades retributivas por razón de género, minorando la presencia de mujeres a medida que se asciende salarialmente por niveles económicos.

Con estos datos, el *empobrecimiento económico* de los universitarios se erige en una evidencia empírica más que persuasiva. En efecto, los puntos débiles enumerados ahondan el fenómeno "sobrecualificador" del cual es objeto nuestro colectivo, además de inferir *prácticas explotadoras inaceptables* con un nivel superior de cualificación académica, máxime si adicionamos los focos potenciales de insatisfacción psicoprofesional ya enquistados infraestructuralmente en la base de dicho grupo. Coincidiendo con otros estudios y observatorios de empleo, puede pues aseverarse que la universidad está generando una mano de obra infraremunerada y con tendencia a su paulatino abaratamiento, confirmándose la caída salarial de los titulados superiores incluso entre aquellos perfiles que disfrutaban de un estatus beneficioso en el conjunto de dicho colectivo[38].

[38] Así se asevera en un estudio de la Universidad de A Coruña realizado entre los años 2000 y 2006, el cual pone de relieve que el 67 % de los arquitectos e ingenieros superiores graduados en dicho distrito en el 2006 logró un primer empleo con un sueldo algo superior a los 1200 E, mientras la inmensa mayoría de sus egresados no llegan a mileurista. Paralelamente, la insatisfacción sociolaboral se infiere cuando el 70% de los egresados que trabajan está buscando otro empleo.

4.3. **Irregularidades y anomalìas en la actividad laboral de los egresados universitarios**

Otro punto del análisis examinó las anomalías detectadas en el estatuto jurídico-laboral del egresado universitario. Nada más diseñar la investigación sospechamos la posibilidad de que tales prácticas irregulares fuesen algo más que un fenómeno puntual en el empleo de dicho colectivo. La hipótesis de partida nos llevaba a presumir incluso su contumacia en los estadios por los que discurre la relación de trabajo, ora en los momentos genéticos de estipulación contractual, durante el desarrollo funcional de la prestación y en los momentos finales o resolutorios del vínculo, sin descartar además el refuerzo de tales usos anómalos a medida que se desarrolla la relación profesional con el despido, acto resolutorio, o, sin duda mucho más verosímilmente, la amenaza de no prorrogarse el contrato como elementos de presión utilizados por las empresas para coaccionar de forma abierta o soterrada el estatuto laboral del universitario. Y es que dicha praxis acaba asociando al final su perfil con una idea de recurso productivo sobremanera proclive a la sobreexplotación y al subempleo. La multivalencia del título lleva a concebirlos como una fuerza de trabajo *"meta-utilizable", ultra-disponible* y supeditada a las necesidades más coyunturales de organización empresarial, habida cuenta de la compulsión económica que empaña las situaciones sociolaborales de egreso académico, lo que a mi juicio revierte negativamente en la rotulación resultante atribuida a dicha categoría sociolaboral.

A nivel metodológico, optamos por adicionar unos ítems completados mediante análisis cualitativos, de suerte que las respuestas descritas de propia mano por los sujetos solventaran las hipótesis formuladas, cuya información tradujo el siguiente cuadro de denuncias:

1) El primer bloque de objeciones incidieron en la *precariedad* que rodea el estatuto profesional del titulado universitario: "contratos de muy corta duración", "duración/inseguridad laboral", "inestabilidad laboral", fueron expresiones muy reiteradas en las críticas del colectivo. Como motivaciones de fondo, se adujeron los "contratos precarios", la "falta de renovación", y en general la "política de contratación" de las empresas, sin faltar además las denuncias de tales prácticas en el seno de la administración pública (v. gr. "contratos diferentes en empresa pública"). En definitiva, la muestra infirió una *utilización desviada* del empleo egreso con elusiones de los compromisos formativos y prácticas fraudulentas de la legislación, pudiéndose hipostasiar la generalización de tales presunciones en muchos más segmentos del colectivo egreso.

2) Igualmente relevantes fueron las inferencias acerca del *subempleo* de los titulados. La encuesta puso de manifiesto las disociaciones existentes entre el

puesto que ocupa el egresado y el trabajo acometido en la práctica. El universitario reconoce sin ambages el hecho de "ser contratado para funciones distintas", la realización de "trabajos que no le conciernen", el hecho de "trabajar como administrativo con beca de investigación", incluso el dato de no existir "ninguna relación con mis estudios" académicos. El "principio de correspondencia función-categoría" se quiebra por tanto con suma frecuencia en el trabajo de los egresados, pudiéndose de nuevo presumir que las disociaciones entre los aspectos formales y materiales de la relación laboral se extiendan mucho más allá del universo examinado.

3) Tampoco faltan apreciaciones sobre las insuficiencias del componente *formativo* que en principio caracteriza el empleo de los universitarios. Los déficits prácticos y de formación, los fallos e incluso lagunas funcionales arrastrados desde el sistema reglado de enseñanza, o la "contratación en prácticas para ahorrarse dinero", fueron aspectos igualmente denunciados por el alumno de nivel terciario. A veces, se atisbaron explicaciones complementarias internas y externas a la propia empleabilidad del colectivo: desde la existencia de un "sistema educativo defectuoso", los déficits en "formación", hasta la "no inversión en recursos" por las empresas. Pensemos que esta concepción residual del elemento formativo que encuadra al universitario en condiciones no idóneas para materializar la cualificación poseída acaba desnaturalizando el papel del título como pasarela institucional de acceso al mercado laboral, de ahí que lo consideremos como una preocupación de primer orden debido a la demanda venidera de perfiles de alta cualificación, máxime cuando mantener la calidad educativa, mejorar su eficiencia aumentando la carga docente y sin incrementar además sustancialmente el gasto universitario (el socorrido y falaz argumento del "coste cero") encierra un silogismo inválido de antemano[39].

4) Más contundentes fueron la tipología de *irregularidades* adveradas en la muestra. Según veremos, la población encuestada fue bastante prolija en el reconocimiento de tales prácticas describiendo una densa enumeración de anomalías. Pienso al respecto que su explicitud debe subrayarse en tono de especial advertencia, no sólo en términos cuantitativos, esto es, en cuanto al listado de denuncias en sí, sino también, y muy especialmente además, en términos cualitativos considerando la entidad de la irregularidad en cuestión, pues se trata de un catálogo de anomalías que acaban desdibujando el estatuto jurídico del egresado superior junto a la construcción social de su cualificación, rol resultante inclusive.

a) Sobresalen en primer término un elenco de irregularidades relativas al estatuto laboral del universitario acompañadas de un cuadro sobremanera

[39] Sobre tales objetivos, y las cifras barajables para un aumento racional y equitativo del gasto universitario, vid Informe de la OCDE, op., cit., p. 2 y 16.

elocuente de prácticas fraudulentas. A modo de ejemplo, se reitera el hecho de "no tener" o "no cotizar en la seguridad social", "no estar asegurado todas las horas", no encontrarse "dado de alta", incluso el desempeño más espurio de la actividad laboral "sin contrato y sin seguridad social".

b) Conectado con lo anterior, hay que resaltar el desconocimiento que hacen gala algunos universitarios acerca del tipo de contrato utilizado para formalizar su relación profesional. Una gran mayoría reconoce no saber cuál es su régimen contractual, hasta el punto de no poseer una copia de los documentos, lo cual resulta sobremanera paradójico entre dicho grupo[40]. Bien es cierto que la ignorancia más lega sobre el estatuto profesional que les une a la empresa puede encontrar una cierta explicación en las prácticas intermediadoras utilizadas cuando fueron contratados. Pensemos en asesorías a las que se encarga la formalización de tales relaciones jurídicas y que en muchas ocasiones no acaban entregando la copia del contrato. Sea como fuere, son prácticas inadmisibles para la institución universitaria aun sobrepasando su ámbito formal de responsabilidad, pues a la postre devalúa el rol sociolaboral del alumno de nivel terciario. De ahí el relieve que atribuimos a este elenco de anomalías, primero porque impiden que el universitario tome conciencia de sus derechos y obligaciones más elementales, y porque además suponen una espoleta añadida para la precarización y el subempleo del colectivo en su conjunto.

c) Un tercer bloque de irregularidades incidió sobre los dos aspectos medulares de la relación laboral: jornada y régimen retributivo. En cuanto a lo primero, se apostilló el hecho de "trabajar demasiadas horas", "muchas horas", o "más horas de las que pone el contrato". Y en cuanto al segundo aspecto, se apuntó cuestiones tales como el "retraso en el cobro" del sueldo o el "incumplimiento del contrato en pago de honorarios".

d) Finalmente, otras anomalías aludieron al incumplimiento de la normativa preventiva, la no explicitación de las condiciones materiales de trabajo, o la "falta de equipamiento", sin faltar denuncias de prácticas discriminatorias por razón de género.

5) El último bloque de apreciaciones críticas examinó el grado de *insatisfacción laboral* detectado en la población egresada. Una valoración conjunta de las anomalías antes expuestas dibuja un panorama profesional tan relativizado como peyorativo, lo cual refuerza muchas de las hipótesis que hemos venido sosteniendo a lo largo de este estudio. La evidencia cualitativa va adjudicando

[40] El cambio de contrato, la sustitución, o el contrato a cargo de proyecto fueron las razones aducidas sobre dicho desconocimiento, sin embargo, y sorpresivamente, el mayor porcentaje de respuestas aumentó en los universitarios que, sobre el papel, ostentan más elementos de juicio para formarse una opinión fundada de dicho extremo (p. ej. entre quienes respondieron la pregunta, el 62% reconocía poseer una formación en ciencias sociales y jurídicas).

un peso demasiado notorio a la insatisfacción laboral entre los alumnos de nivel terciario, de ahí que si combinamos esta apreciación con el mapa de irregularidades antes descritas se confirma el sentido que atribuimos a la trayectoria de egreso de nuestros universitarios, y que calificamos en términos de precariedad, credencialismo, sobrecualificación, de manera saltuaria y mediante aproximación sucesiva. Para empezar es llamativo que nos encontremos con apreciaciones pronunciadas en un sentido apodíctico, pues abundan los juicios aparentemente "neutros" pero que sin embargo evidencian una valoración especialmente crítica de rechazo. El caso más claro está en un tipo de respuestas que infieren una *disconformidad omnisciente* con aspectos tan nucleares como "el horario", "el sueldo", "las guardias", el "número de horas", o los niveles de "responsabilidad". También subyacen expresiones insatisfactorias con el tratamiento conferido por el mercado al perfil universitario. La "infravaloración profesional", el trabajar "muchas horas sin fijeza", o el hecho de ser "trabajadores muy poco valorados" infieren con rotundidad esa percepción peyorativa. No menos elocuentes son las manifestaciones vertidas en tono maiestático (críptico a través de la expresión de disconformidad con "todo") incluso "reificativo". Y es que nuestros alumnos muestran su rechazo con el "orden de contratación", con las "listas de espera", con "el ambiente general de trabajo", o con el propio "sistema", combinando así una sensación de descontento general junto a una asimilación apática y conformista de tales situaciones.

5. CONCLUSIONES Y LÍNEAS POSIBLES DE ACTUACIÓN

Finalizaremos con unas conclusiones que apostillan los aspectos más significativos del análisis contextualizándolos, asimismo, dentro del marco de debilidades que adolece el sistema universitario en su conjunto. Nuestras recapitulaciones, que también hemos querido concebirlas a modo de críticas para la reflexión institucional, parten de una visión minusvalorada del universitario al trasluz de la menor rentabilidad deparada tendencialmente a dicho perfil. Sabemos las dificultades que entrañará devolver el prestigio que merece la formación superior con los impedimentos que lastran su avance, cuando no su resistencia para ser removidos internamente. De hecho, los cambios didácticos y metodológicos del EEES sólo son la punta del iceberg de otras muchas *rémoras*, que van desde estructuras clónicas de la oferta educativa generada inercialmente mediante tirones y sin complementariedad institucional, el diseño de planes de estudio prehipotecados por fagocitación de parcelas o puro reparto de poder, la vocación colegial de los recursos humanos tan poco dada a intromisiones externas, la "gestión amateur" empero profesionalizada de los cargos académicos, las concepciones pseudo-vasalláticas de cátedras y escuelas, la

externalización de muchas actividades asimilables mediante recursos internos (especialmente en infraestructuras informáticas), o, en fin, la autocomplacencia del sistema en sus acciones y errores propios inclusive[41]. Pero aparte de todo esto, las transformaciones a las que se enfrenta la universidad durante los próximos años arrastran el pesado lastre de una planificación del sistema educativo realizada muy de espaldas al modelo socioeconómico. Se echa en falta una política universitaria que, sin renunciar a la tutela de saberes poco rentables mercadológicamente, primero aúne la oferta educativa con la demanda social y del mercado para asentar desde ahí pautas de actuación que avancen en un modelo integrado, coherente y racional en pro de la calidad, equidad y eficiencia requerida por los servicios educativos[42]. Desde nuestra modesta visión, enumeraremos un decálogo de pautas que concebimos a modo de epílogo crítico y síntesis conclusiva.

1.- La principal hipótesis que hemos venido manteniendo a lo largo de estas páginas sostiene la existencia de un *modelo egreso sobrecualificador y credencialista* caracterizado por una *trayectoria en precariedad, saltuaria y mediante aproximación sucesiva*. Los universitarios van transformándose en un *"biotipo de trabajador multivalente"* con una imagen asociada al subempleo, la disponibilidad y precariedad en sus condiciones básicas laborales. Es más, sostenemos la existencia de *tres grandes cosmovisiones* rotuladoras del colectivo: contratación "versus" disponibilidad (mano de obra barata y abundante), contratación "versus" recepción de ayudas económicas (menores costos mediante el ahorro de cotizaciones e incentivos) y "estatus adscrito" (relación circular entre experiencia, formación, precariedad). Tales rótulos operan ya además a modo de mapas cognitivos con visos de enquistarse estereotipadamente en la identificación tipológica del universitario, hasta el extremo de trasladarse muchas veces al tratamiento de dicho perfil por el mercado de trabajo: desde los mayores riesgos de vulnerabilidad y exclusión, hasta su fácil trasvase hacia la economía sumergida.

2.- La evidencia empírica demuestra un elenco de enquistamientos y disfuncionalidades del empleo egreso que revierten estructuralmente en la configuración tipológica del titulado. La principal estriba en el efecto de *sobrecualificación* que tiende a *sub-emplear* al alumno de nivel terciario en ocupaciones que o bien no tienen relación con la cualificación poseída o detentan una muy lábil relación de equivalencia con la formación adquirida académicamente, por supuesto con una minoración salarial paralela del colectivo que

[41] Sobre algunos de estos defectos y errores endémicos, vid. "La Universidad Española en Cifras" (CRUE), cit, págs. 14, 16, 33, 34, 46, 56, 57 y 88.

[42] Vid. OCDE "Panorama de la Educación en España…" cit., p. 7.

lleva a disociar los resultados de la instrucción superior de la retribución pagable a dicha fuerza de trabajo. A ello se puede añadir la separación de los aspectos formales y materiales de las relaciones jurídicas mediante prácticas anómalas extendidas en los microsistemas de relaciones laborales, la utilización desviada de las modalidades de contratación o el incumplimiento, o cumplimiento empero defectuoso, de muchos módulos formativos. Paralelamente, ya vimos que el título no es un mecanismo demasiado claro de distribución de competencias cuando se clasifica profesionalmente a los egresados superiores, no existiendo en muchos casos una determinación diáfana del contenido prestacional al concretarse sus responsabilidades en el terreno fáctico, de suerte que los vínculos contractuales junto a las obligaciones dimanantes de los puestos suelen llevarse a cabo en términos muy genéricos y al trasluz de la cualificación poseída. Pensemos que los nuevos créditos académicos (ECTS) actuarán teóricamente como sucedáneos de las cualidades requeridas por el mercado a tenor de los respectivos ámbitos y esferas de profesionalidad, lo que me lleva a pensar en un encuadramiento de los universitarios que pivotará mucho más sobre la capacitación cualificacional que sobre los aspectos funcionales dimanantes de la categoría. Pues bien, esta dilatación institucional y fáctica del perfil egreso, que en definitiva amplía las prerrogativas empresariales para la movilidad interna y la gestión flexible de dicha fuerza de trabajo, corre el riesgo de sobrepasar ciertos parámetros razonables si no se corrigen los desajustes entre la capacitación profesional y académica que adolece el sistema de enseñanza superior. Lo cual plantearía una crasa paradoja: la expansión del credencialismo educativo de nivel terciario combinada con la liberalización de nuevos empleos y el mayor grado de informalidad dimanante del estatuto jurídico del universitario producirían una acentuación revertida de la virtualidad meramente acreditativa del título, lo que en cierta manera supone una "contraditio in términis" con la filosofía dimanante del EEES.

3.- Indisolublemente unido a lo anterior se encuentra la construcción sociolaboral de la cualificación asociable a la figura del egresado. Y es que los fenómenos expuestos se combinan con una polarización de los titulados superiores en segmentos del mercado de trabajo muy distales entre sí, lo que, como vimos, reaviva las tesis optimistas vs. pesimistas del determinismo tecnológico en relación con las cualificaciones. Mientras un número de universitarios tienen capacidad plena para gestionar el cambio técnico en sectores claves de la moderna producción industrial y postindustrial (sectores energéticos emergentes) existiendo un mercado laboral de alta cualificación capaz de absorber cohortes significativas de egresados superiores, otros engrosarán una bolsa de empleos banales (descualificación académica) o desempeñarán trabajos no acordes a la cualificación poseída (sobrecualificación). Para mayor abundancia, las consecuencias de esta dicotomía se trasladan a otros planos más generales pues

conectan con aspectos dimanantes del título como mecanismo de estratificación sociolaboral y de interiorización axiológica del sistema de valores. Por ejemplo, y considerando la dicotomía dualizadora antes expuesta, los universitarios contratados conforme a la cualificación poseída pueden empatizar fácilmente con los atributos de las tareas realizadas asimilando sin más el rol inherente a los cometidos desarrollados, pero el segundo ejemplo propicia una disociación motivacional con el trabajo que obsta la asimilación de valores unidos al desempeño de las funciones, activando además crasas actitudes de insatisfacción psicolaboral. Aparte del infra-aprovechamiento de las aptitudes intelectuales, competenciales y psicomotivacionales de los egresados, la inflación de universitarios permite que el sistema económico rentabilice ese fenómeno mediante una *expropiación holística* de todo un potencial laboral sobrecualificador. Es más, estos desequilibrios transicionales corren el riesgo de agudizarse ante la crisis concomitante de los marcos normativos para la acción de los universitarios. Primero asistimos a una desregulación moral que disocia su esfuerzo de las recompensas que luego reciben pese a invertir temporalmente en formación académica, lo que es tanto como aceptar socialmente que es posible alcanzar estatus sociolaborales y retributivos superiores sin poseer niveles elevados de educación e instrucción; luego añadimos las incongruencias normativas que son objeto en su estatuto jurídico rayanas la ilegalidad y abdicación de derechos irrenunciables (art. 3.5 ET), y para finalizar adicionamos las contradicciones existentes entre el grado de expectativas abiertas por la propia institución universitaria y los medios que posteriormente deben ser utilizados para su logro (p. ej complementación ulterior de las lagunas o requerimientos cualificacionales exigidos por el mercado). Sabemos que todo este juego de disociaciones se integran conceptualmente bajo la noción teórica de *"anomia"*[43], pero en definitiva encierran una pérdida minusvalorada del rol social preexistente al titulado superior.

4.- En la caracterización general del titulado universitario (juventud/egreso) y pese a tratarse de uno de los grupos más vulnerables en el mercado de trabajo, contamos con políticas laborales que parten de un tratamiento muy escueto y unificante que escuda la heterogeneidad estructural del colectivo en sí, cuando por el contrario estamos ante un grupo con una notable segmentación interna por cohortes de edad, titulación, género o niveles de egreso, y con una acusada departamentalización por macroáreas, especialidades

[43] En la concepción clásica del término, ya en la acepción original Durkheimiana de "La división del trabajo social" o "El suicidio" (Akal, pp. 428 y 267, respectivamente), o mediante la re-teorización acuñada por Merton en "Teoría y estructuras sociales" (Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 211 y 241 y ss).

y trayectorias académicas, por no mencionar las características situacionales de determinados perfiles que sí son empero consideradas en otras experiencias comparadas para incentivar las contrataciones al albur de dichas variables. Pensemos que el Espacio Europeo acentuará la casuística y segmentación interna de dicha fuerza de trabajo, sobremanera con la autonomía ya detentada por las universidades públicas y privadas para expedir títulos propios. De ahí que la atención a la diversidad y la particularidad curricular, en definitiva la *sectorialización* del egresado universitario pese al teórico sentido unificante del título, deban ser elementos de atención obligada en cualesquiera acciones de intermediación, contratación, apoyatura académica, formación, preparación e inserción profesional ulterior del colectivo.

5.- La universidad está conminada a considerar los fenómenos y particularidades expuestas contextualizándolas en los mercados locales y regionales de trabajo e identificando la casuística de perfiles y ámbitos profesionales que envuelven las respectivas titulaciones. Como cualquier otra política activa de empleo, se trata de detectar los requerimientos cualificacionales con una gestión anticipada de los fenómenos emergentes para, desde ahí, *implantar proyectivamente estrategias de integración curricular* al hilo de las exigencias atribuidas a cada perfil y subgrupo egreso. Sobresale entonces la puesta en práctica de acciones de seguimiento sobre la inserción real (y no formal) de los titulados universitarios, o lo que es igual, acciones que identifiquen y corroboren la adecuación de los planes de estudio a las demandas requeridas mercadológicamente detectando los posibles desajustes en aras de su remoción. El aumento venidero de las relaciones profesionales y de la casuística del empleo egreso acumulará un caudal de información que sólo podrá ser gestionado eficazmente mediante estructuras adecuadas extramuros de las rutinas conocidas. Pero aparte de la gestión anticipada y del seguimiento de tales acciones, destaca otra praxis que adolece de muy escaso recorrido en el ámbito universitario y de la administración pública misma. La "cultura de la calidad", como eslabón de los principios de eficacia y eficiencia administrativa, presupone la elaboración de diagnósticos correctores sobre los defectos detectados al implementar cualquier política pública. Sin embargo la evaluación, como estadio final de dichas políticas, es una asignatura pendiente de la ciencia de la administración en nuestro país, mientras que el ensayo/error suele ser una práctica denostada en el ámbito académico, tal como lo atestiguan las abundantes reformas de planes de estudios acometidas desde el inicio de la democracia hasta nuestros días.

6.- Lo expuesto conecta con una ordenación más equilibrada de los planes de estudio en su globalidad donde imperen diseños más racionales y atemperativos de la troncalidad y de las asignaturas obligatorias, así como una reordenación de asignaturas basilares en una línea de transversalidad curricular. En

esa labor sobresale, en primer término y de manera inmediata, la reordenación *triádica* grado, postgrado, doctorado, cuya estructura obligará a los profesores, pero también a los equipos decanales una vez redimensionada su labor de ordenación y control de los títulos expedidos por sus universidades, a una adecuación drástica de los contenidos de las asignaturas y de las metodologías didácticas. Si el principio de "economía de la enseñanza" demuestra que el alumno no puede aprender todo lo que pudiera enseñársele[44], impera entonces un reajuste de los niveles de exigencia académica a tenor de la mentada triada, lo cual presupone una labor tendente a re-pensar, re-configurar y, en su caso, re-definir, la estructura y dimensiones de los programas con el correlativo "desprendimiento" de contenidos que no son basilares para un grado universitario hasta reubicarlos, de ser el caso, en un nivel ulterior de profundidad o de especialización (doctorado vs. master). Con esa referencia, habrá que perfilar las pasarelas desde el grado hacia el postgrado, cuya complejidad se agudiza todavía más cuando la especialización del segundo sea un requisito obligatorio para acceder a determinadas profesiones. Huelga decir que toda la "reflexividad" que acabamos de exponer tropezará con intereses colegiales y corporativos difícilmente atemperables, con diseños preconcebidos de asignaturas rentabilizados por departamentos inmovilistas, o con estrategias de áreas de conocimiento valedoras de su teórica superioridad institucional, no siendo tampoco ilusorio pensar en planes de estudio venideros aparentemente actualizados al EEES pero que apenas alterarán una situación precedente ni el reparto subrepticio de poder académico.

7.- Aparte de un diseño coherente de dichos planes y de su adecuación a las exigencias funcionales requeridas, debe agilizarse la implementación simultánea de mecanismos de complementación horizontal junto a vías de *correspondencia o modalización curricular*. En el primer sentido se encuentran las pasarelas formativas que incardinen la trayectoria académica del alumno en la carrera escogida o que faciliten el cambio de elección a otra carrera universitaria. Pese a la bondad de la apuesta por asignaturas transversales y generalistas en las reformas de los nuevos planes, no es ilusorio pensar en su uso como un instrumento más de negociación para compensar la pérdida del peso institucional sufrida por algunas áreas. Sea como fuere, pienso que las *guías académicas* en soporte papel pueden desempeñar aquí un gran relieve si por ejemplo incorporan el contenido íntegro de todos los programas de las asignaturas de la carrera, pues de ese modo se coadyuva a que el alumno se forme una idea mucho más clara de las oportunidades curriculares brindadas en su mismo título

[44] Ortega y Gasset J. "Misión de la Universidad" op, cit. p. 49.

o en aquellos otros ofertados en su propio campus[45]. Respecto del segundo sentido expuesto, urge habilitar cauces adyacentes para ultimar los *segmentos cualificacionales* materialmente requeridos, previéndose entonces cauces integradores de aquellas lagunas o habilidades específicas que sean demandadas con más énfasis e inmediatez por el mercado de trabajo. A modo de ejemplo, las personas entrevistadas en nuestra investigación apuntaron aspectos tales como conocimientos de idiomas, contabilidad, nóminas, módulos informáticos especiales o manejo de paquetes estadísticos, pero sobremanera exhortaron un entendimiento real del funcionamiento interno de las empresas mediante el contacto directo del alumno con sus unidades organizativas. Ello podría solventarse mediante fórmulas muy variadas, ora externas con la reforma de la FP en curso para el reconocimiento y convalidación académica de las experiencias laborales o profesionales previas, ora internamente con el juego de la optatividad y libre configuración. Piénsese que el mero "efecto exposición" de un abultado mapa curricular no es garantía de que el mercado sepa cuáles son las competencias cualificacionales de cada perfil, con los impedimentos concomitantes que apareja su conocimiento, asimilación y postrera integración. De ahí que en caso de no solventarse estos obstáculos o no asentarse convenientemente los cauces precisos de complementación cualificacional será muy previsible la complementación de tales déficits mediante otras vías formativas extramuros incluso de la universidad de origen, ya a través de academias privadas o mediante didácticas telemáticas ofertadas por otras universidades en su modalidad a distancia o semipresencial.

8.- Otro extremo de actuación incide en el refuerzo institucional de las *bolsas de trabajo* a nivel de centros y titulaciones bajo un órgano de control encargado de la coordinación y el seguimiento de sus actividades. Pensamos de inmediato en observatorios universitarios de empleo de composición mixta adscritos transdisciplinariamente a un vicerrectorado concreto, los cuales están llamados a desempeñar un gran papel en el conocimiento curricular de los títulos, de las competencias requeridas evolutivamente y las vías de inserción de los egresados superiores. Pese a ciertos cambios detectados en la "actitud egresa" de nuestros universitarios, las evidencias empíricas aún demuestran la asunción de un papel *pasivo* que les llevan a esperar las ofertas de contrataciones, cuando por el contrario la expansión de la actividad terciaria junto a la demanda tendencial de perfiles de alta cualificación hipostasia una *"activiza-*

[45] Muchos equipos decanales se conforman con la información transmitida en las páginas Webb de los centros, pero resulta bastante aventurado presumir su utilización por nuestros alumnos. Muy por el contrario, el modelo de guías coextensas que propugnamos equivaldría al que siempre ha venido utilizando la UNED en toda su oferta de titulaciones.

ción estratégica" ofreciendo sus servicios profesionales (v. gr. autocandidaturas), esfuerzos que podrían no rentabilizarse sin una apoyatura institucional que encauce adecuadamente la desorientación del egresado como demandante de empleo sin experiencia laboral previa. Para mayor abundancia, hemos visto que el expediente no detenta un peso clave cuando las empresas resuelven las contrataciones, es más, se abre camino la indagación del empleador en destrezas heurístico-resolutorias, estrategias adaptativas (v. gr. trabajo en equipo) y demás aspectos psicologicistas, cognitivos y de carácter relacional, lo cual requiere un tipo de formación, cualificación y capacitación no transmitida hasta ahora por la universidad. Bien es cierto que el Espacio Europeo pretende cubrir estos déficits minorando la transmisión huera de información y aumentando el aprendizaje autónomo del alumno. Heurísticos tales como "destrezas", "herramientas", "competencias" etc., forman sin ir más lejos una batería de instrumentos conceptuales introducidos en los nuevos planes de estudios para catapultar los cambios metodológicos preteridos en las enseñanzas y en el aprendizaje. La filosofía del nuevo sistema parece pues trasladar al profesor la potenciación de los "recursos" que dispone el alumno (es decir, lo que el egresado es y sabe hacer) incidiendo en sus "capacidades" (lo que es capaz de ser) de manera que las empresas dispongan de una posición más favorable para cohonestar las competencias "cognitivas" con las "competencias específicas" que exijan los respectivos sectores de actividad[46]. Bien podría afirmarse entonces que el ECTS es un intento decidido de extender en el ámbito universitario paradigmas psico-pedagógicos/organizacionales de consuno con un refuerzo de los componentes didácticos en la enseñanza superior, máxime por el papel tan residual dispensado a esto último universitariamente en nuestro país, pero a nadie escapa el riesgo de que queden reducidos a meros heurísticos formales que cubren un expediente nominalmente con escasa (si no nula) eficacia práctica.

9.- Las penúltimas recomendaciones son de orden metodológico. Ya dijimos antes que una de las asignaturas pendientes del proceso de formación de cualquier política pública estriba en las fases posteriores de evaluación de resultados tras su implementación material. La política universitaria no puede sustraerse a esa fase evaluativa, menos aún en momentos de transformación y cambio de paradigmas, por ello el seguimiento del impacto real de los egresados en el mercado de trabajo debe erigirse en un eje axial de la política universitaria. Para empezar, habría que extender la praxis de dicho seguimiento

[46] Entendiendo por competencias cognitivas, y a modo de ejemplo, las relacionadas con el nivel de conocimientos, habilidades y demás destrezas teórico prácticas sobre contenidos concretos (v. gr. fiscalidad, contabilidad, informática etc.); sobre tales extremos, vid más ampliamente el estudio de Moriano León "El perfil sociolaboral del emprendedor", CES, Madrid, 2006.

repitiendo las encuestas de manera periódica, lo que permite comparar temporalmente la evolución experimentada por el universo poblacional, pero también sería necesaria una concreción conceptual y operativa del catálogo de indicadores junto a una mayor aproximación de los mismos entre las universidades en aras de optimizar el rendimiento estadístico de las matrices operacionales. Aunque los métodos cuantitativos seguirán teniendo aquí un protagonismo de primer orden, sugerimos sin embargo una mayor experimentación cualitativa[47]. El alejamiento de los hechos empíricos respecto de su reconocimiento formal siempre ha sido y seguirá siendo un problema inescrutable a nivel metodológico, no en vano la investigación me llevó a presumir un hiato entre la operacionalización cuantitativa de los resultados y la realidad que rodea el estatus sociolaboral de numerosos universitarios, como comprobamos al hilo de las irregularidades detectadas en su régimen jurídico o con el listado de objeciones aireadas por los técnicos de empleo al albur de su inserción. El uso complementario de instrumentos cualitativos, como entrevistas directas o grupos de discusión, permiten por ejemplo una mejor detección de las distonías entre la ordenación de los planes de estudio y las necesidades cualificacionales mercadológicas e infieren una idea más exacta sobre la entidad real de ciertas situaciones. En esta misma línea, resulta recomendable que la investigación analítica se amplíe en extensión e intensidad al universo empresarial pues sólo así pueden constatarse las carencias de los títulos, las lagunas de las enseñanzas y la proyección tendencial de las cualificaciones, siendo partidarios de que la información provenga de aquellos perfiles que tienen un contacto directo con la ordenación material de los recursos humanos (v.gr. jefatura, gerentes y personal directivo).

10.- Las consideraciones finales vamos a dedicarlas a la principal variable del Espacio Europeo de Enseñanza Superior. Y es que, en efecto, gran parte del paradigma que envuelve el "proceso Bolonia" dependerá de la manera como se lleve a cabo el cambio del modelo de aprendizaje. Para empezar, la comunidad universitaria, y en particular los cargos de mayor responsabilidad institucional, deben por fin reconocer que el EEES acarrea una carga desmedida de dedica-

[47] El mismo documento "La Universidad Española en Cifras" cit (CRUE, pp. 33 y 34) recomienda el empleo de otros instrumentos metodológicos, amén de la necesidad de aproximar operacionalmente las variables objeto de documentación estadística so pena de sesgar los análisis y propiciar errores en el tratamiento e interpretación general de los datos. Una de las aproximaciones conceptuales podría por ejemplo incidir en la casuística que envuelve la contratación y el régimen laboral de los egresados, considerando, esto es, la genericidad de variables tales como "temporal", "indefinido" "tiempo parcial"; aparte de no traducir de forma adecuada la problemática concomitante, una mayor taxonomía podría incluso facilitar una explotación mucho más óptima de los resultados.

ción docente meta-añadida a la investigación o la actualización más elemental de las fuentes basilares informativas de las respectivas parcelas de conocimiento. Aparte de la asimilación de nuevos enfoques didácticos y pedagógicos, cuyas metodologías adaptativas serán presumidas por muchas universidades sin disponer módulos formativos específicos vs. efectivos para su profesorado, el ECTS presupone un seguimiento personalizado del alumno en horas de tutorías y fuera de ellas valorando mediante aplicaciones telemáticas el esfuerzo de su aprendizaje y organizando diariamente ese trabajo[48]. Diríamos que el paradigma universitario emergente bascula sobre una cualidad dual: *iterativo e interactivo*, pues pende, respectivamente, de un camino de formación cuyas líneas deben ser trazadas de antemano y que se retroalimenta a medida que transcurre el aprendizaje. Y es claro que tales esfuerzos metodológicos, que en puridad encierran una *reprofesionalización del rol académico del profesor universitario*[49], costarán ser asumidos por un profesorado que no apreciará una relación equitativa entre la carga insita al funcionamiento del nuevo sistema y su posible "rentabilidad" a efectos promocionales, salvo eso sí implantaciones formales de mera cumplimentación curricular, aparte de lo ilusorio que supone presumir su amoldamiento en determinadas figuras docentes (asociados y cohortes no informacionalizadas). Además, se puede hacer recaer un peso añadido de responsabilidad sobre ciertos segmentos de profesores, departamentos o ramas de conocimiento en detrimento de otras áreas amparadas en inercias repetidas o investidas de un retroalimentado "prurito cientificista", sin corregir tamaños desequilibrios docentes entre parcelas con déficit endémico de profesores. Tampoco se cuenta con una flexibilidad mínima para la movilidad docente, ni a nivel funcional, cuya inelasticidad es clara incluso entre ramas afines de conocimiento[50], ni a nivel geográfico al no contarse con fórmulas que faciliten verdaderamente el desplazamiento a otras universidades[51] o el acometimiento de

[48] Pensemos, por ejemplo, en la confección de los materiales didácticos una vez reducido el tempo de impartición de las clases magistrales, la actualización de las páginas web de las asignaturas, las respuestas individuales a los correos electrónicos, la confección de grupos de discusión y de trabajos tutorizados junto a la corrección de éstos últimos, y multipliquemos todas esas tareas por el número de alumnos asignados a cada profesor, cuya enseñanza se concibe además teóricamente personalizada.

[49] Cuando no una reconversión encubierta en "obreros intelectuales de la enseñanza superior" (…), o, menos irónicamente, una reprofesionalización con visos de diferenciar los roles de profesor (docentes) e investigador (adscritos a institutos universitarios).

[50] Recordemos que la reforma del art. 51 de la LRU, referido al acceso de los puestos docentes, modificó el concepto de "área de conocimiento" por el de "ámbitos de conocimiento", concepto éste mucho más genérico que mitiga las rigideces operativas del basamento universitario, lo que es tanto como reconocer asimismo su interdisciplinariedad institucional y el holismo caracterizador del propio conocimiento.

[51] Una vía podría ser, por ejemplo, las permutas temporales entre profesores con una categoría similar asimilando, en su caso, los permutantes las cargas docentes respectivas.

proyectos compartidos de investigación. Así pues, el panorama evidencia una plantilla de profesorado no ajustada a la demanda de muchas titulaciones, asistiéndose más bien a una pérdida del *sosiego* preciso para ejercer con honestidad las funciones idiosincrásicas más básicas y elementales de la vida académica.

Muy complejas son pues las incógnitas a despejar por la institución universitaria, algunas de ellas inciden en rémoras y disfuncionalidades que no han logrado solventarse adecuadamente desde décadas, mientras que otras deberán resolverse con la convergencia al EEES, pero en cualquier caso urge no perder de vista los pilares básicos que constituyen su "misión fundamental", tal como rotulara Ortega hace ochenta años[52]. Humanismo, transmisión de alta cultura, investigación científica, educación de los hombres de ciencia, y enseñanza de las profesiones, siguen siendo por ese orden las "cuestiones fundamentales" que dan sentido al mundo académico, no pudiéndose falsificar salidas egresas, ni menos aún el destino ontogenético de la institución universitaria, bajo una panoplia de ucronías instrumentales y deseos arbitrarios, incluyendo el credencialismo más abyecto. Mucho me temo que algunas piezas del EEES disfrazadas bajo una "excelencia mixtificada" terminen, en fin, actualizando vitalmente el "principio de ficción" tan denunciado por nuestro *maestro* (noción tan devaluada hoy empero activa para la pervivencia de acáridos reinos de taifas) con el que rubricamos los prolegómenos del presente artículo.

[52] "Misión de la Universidad…" cit, pp. 32, 33 y 41.

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave: Descentralización, Negociación Colectiva, Andalucía**

La descentralización productiva, generalizada en el conjunto de los sectores económicos en la CCAA de Andalucía, es un fenómeno complejo que reduce la eficacia de la normativa laboral. La negociación colectiva puede ser un instrumento eficaz para la mejora de las condiciones en que se producen los procesos de descentralización productiva, garantizando el mantenimiento de los derechos de los trabajadores y el éxito de las medidas de reestructuración organizativa de la empresa. Las medidas promocionales previstas en la legislación vigente avanzan en el sentido de mejorar los derechos de información y participación de los trabajadores y de sus representantes en dichos procesos, pero la timidez y el escaso recorrido temporal de alguna de ellas constituyen serios obstáculos. Estudiar el reflejo que las medidas de externalización productiva proyectan en la negociación colectiva andaluza permite conocer de manera más detallada el marco jurídico del que han de hacer uso trabajadores y empresarios, estudiar de qué manera reciben los negociadores los estímulos introducidos por el legislador, analizar las posibles desviaciones normativas y proponer nuevas medidas de impulso.

ABASTRACT **Key Words: Decentralisation, Collective Bargaining, Andalusia**

Productive decentralisation, which has become generalised in all economic sectors of the Autonomous Community of Andalusia, is a complex phenomenon which reduces the efficacy of labour regulations. Collective bargaining can be an efficient instrument to improve the conditions in which the productive decentralisation processes take place, guaranteeing that the rights of workers are maintained and that business restructuring measures are successful. The promotional measures established in current legislation advance in the sense of improving the right to consultation and information of workers and their representatives in these processes; however, timidity and the short time during which some of them have been enforced lead to obstacles. By studying the reflection of productive outsourcing measures on collective bargaining in Andalusia, that is, analysing how collective agreements face conventional regulation of certain aspects of industrial relations that are mostly affected by these processes, allows us to gain detailed knowledge of the legal framework used by workers and employers, studying how negotiators receive the stimuli introduced by legislators, analysing possible legal deviations and proposing new legal promotion measures.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA
3. EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO Y LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN ANDALUCÍA
   3.1. El empleador y el poder de organización de la empresa
   3.2. Centro de trabajo y lugar de trabajo
   3.3. Contrato de trabajo de obra o servicio determinado
   3.4. Subcontratación de trabajadores y cesión ilegal
   3.5. Grupo de empresas
   3.6. Transmisión de empresa
   3.7. Empresas de trabajo temporal

1. INTRODUCCIÓN

El papel de la negociación colectiva como instrumento normativo que permite complementar o suplementar la regulación legal tiene onda tradición en el ordenamiento jurídico laboral[1], aunque la potencialidad de este recurso para adaptar la ordenación de una materia determinada a las necesidades reales de cada empresa, sector o territorio depende fundamentalmente de numerosos aspectos como la complejidad de la materia objeto de normación, la relación de fuerzas en presencia y el protagonismo promocional que asuma la norma legal. El protagonismo que en la realidad económica andaluza han cobrado fenómenos como el de la descentralización productiva durante los últimos años justifica la realización de un estudio sobre la atención prestada a las medidas descentralizadoras en nuestros convenios colectivos o, más correctamente desde un punto de vista técnico, sobre el uso que la autonomía colectiva ha hecho de su poder normativo para adaptar la regulación de este instrumento de organización empresarial a las necesidades específicas en nuestra Comunidad Autónoma. Los efectos sobre las relaciones laborales del fenómeno empresarial denominado descentralización productiva han sido objeto de numerosos esfuerzos de sistematización por parte de la doctrina laboral española e internacional[2], como igualmente frecuentes han sido las resoluciones de los Tribu-

[1] Martín Valverde, A. y otros: "Derecho del Trabajo", 17ª edición, Tecnos, 2008, pp. 135 ss.

[2] AA.VV.: "Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", MTAS, 2000; AA.VV.: "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Tirant lo Blanch, 2000; AA.VV.: "Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual", Del Rey Guanter (Coord.), Lex Nova, 2001; AA.VV.: "Descentralización productiva", Gil Suárez, L. (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000.

nales españoles y comunitarios sobre sus más polémicas manifestaciones[3]. Desde un punto de vista descriptivo, el concepto agrupa las decisiones empresariales que tienen por objeto encomendar a otras empresas la realización de parte de las actividades que conforman su actividad económica, reduciendo con ello el número de éstas realizadas directamente, es decir, con personal al que le une un contrato de trabajo por cuenta ajena.

La decisión de acudir a recursos personales externos a la propia empresa para completar la producción de un bien o la prestación de un servicio se encuentra en la esfera de facultades del empresario quien, en virtud de la libertad que le otorga el art. 38 CE, no sólo puede decidir sobre la oportunidad de crear una empresa con el objetivo de poner un determinado bien o servicio a disposición del mercado; adicionalmente, la libertad de empresa atribuye al empresario una amplia autonomía organizativa, de la que podrá disponer para elegir a los trabajadores que desee contratar (libertad de contratación), para sancionarlos cuando incumplan con sus obligaciones laborales (poder disciplinario) y, sobre todo, libertad para fijar la estructura organizativa de la empresa de la forma que considera más adecuada, tanto al inicio de la actividad como durante todo el tiempo que ésta se mantenga en el mercado, para adaptarse a la evolución de éste (poder de autoorganización)[4]. Una de las manifestaciones de este poder de autoorganización, o poder de dirección general, es la capacidad para decidir sobre el grado de centralización de los procesos productivos o de prestación de servicios de la empresa, recurriendo en cada caso a los mecanismos admitidos en derecho, ya sea a partir de la encomienda de la actividad a otras empresas propias, participadas o extrañas (contrata o subcontrata de obras y servicios, transmisión de parte de la empresa, configuración de grupos de empresa), o incrementando materialmente el personal de la empresa sin incorporarlos formalmente a la plantilla de ésta (Empresas de Trabajo Temporal o trabajadores autónomos). Más allá de la referencia constitucional,

[3] Recientemente, Fernández López, M.F.: "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave", Relaciones Laborales, núm. 4, 2009.

[4] Pérez de los Cobos Orihuel, F. (Coord), Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005. En otras palabras: "Al que llamamos poder directivo general pertenecen decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa, tales como la determinación del volumen de la plantilla, la contratación del trabajo de modo directo –mediante contratos laborales– o a través de procedimientos de «externalización» del trabajo –mediante contratas, empresas de trabajo temporal, etc.– los sistemas de selección y clasificación del personal, de retribución y tiempos de trabajo, la opción en cuanto a modalidades contractuales, la reducción del número de trabajadores de la empresa, etc." Montoya Melgar, A.: "El poder de dirección del empresario en empresas de estructura compleja" RMTAS, núm. 48, pp. 135 a 145.

a nivel legal el art. 20 ET regula el aspecto singular del poder de dirección, como manifestación de la posición subordinada del trabajador en el contrato de trabajo, pero no se ocupa de regular la vertiente general de dicho poder, ordenación que corre a cargo de otras disciplinas jurídicas. De lo que sí se ocupa la normativa laboral es de la regulación de algunos efectos que la adopción de dichas decisiones producen en las condiciones de trabajo de los afectados por éstas, pues es evidente que cuando las decisiones organizativas de descentralización afectan a un porcentaje importante de la plantilla de la empresa o a una parte relevante de su actividad empresarial, las condiciones de trabajo se verán afectadas de forma global.

A pesar de que como ha quedado dicho, la relevancia laboral del fenómeno resulta evidente, no parece que la atención dispensada por el legislador haya sido especialmente intensa y, lo que estimo de mayor gravedad, dotada de una adecuada sistemática y visión global. La regulación tradicional de la materia se encuentra en los arts. 42 a 44 ET. Con posterioridad, se otorgó una regulación específica a, lo que puede considerarse una figura de uso excepcional, como es el caso de las Empresas de Trabajo Temporal[5] y, más recientemente, se ha adoptado una regulación más general, pues engloba en su conjunto el fenómeno de contratas y subcontratas, eso sí, aplicable únicamente al sector de la construcción[6], sector que se encuentra en el origen de la regulación legal de la materia. Junto a las anteriores afirmaciones, conviene recordar que los preceptos estatutarios que tradicionalmente han regulado la materia han sido invariablemente modificados en las últimas reformas laborales, aunque en todos los supuestos las alteraciones introducidas no han tenido como objetivo la reforma de aspectos estructurales, por el contrario en la modificaciones de mayor calado han perseguido mejorar la eficacia de las normas existentes mediante la introducción de mecanismos de información y participación de los trabajadores afectados y de sus representantes. La escasa intervención del legislador en materia de descentralización productiva, los reenvíos que la normativa legal realiza a la autonomía colectiva para la ordenación de determinados aspectos y el interés del legislador por potenciar la información y participación de trabajadores y representantes resultan estímulos para el estudio de la regulación convencional de los procesos de descentralización productiva, materia que en este trabajo se circunscribe al ámbito territorial andaluz y únicamente a la regulación contenida en los convenios colectivos estatutarios.

[5] Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, BOE de 2 de junio.

[6] Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre.

2. LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO JURÍDICO LABORAL DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Es conocido que no existe una definición jurídica de qué debe entenderse por descentralización productiva y, por consiguiente, no existe un tratamiento conjunto de los efectos que tales decisiones pueden producir, y de hecho producen, en las relaciones entre el empresario y los sujetos colectivos[7] e individuales[8] protagonistas de las Relaciones Laborales en la empresa, ni por supuesto, respecto de otros aspectos concretos de la relación de trabajo, materias cuya relevancia a efectos del interés general merecen la intervención de las Administraciones Públicas[9]. La necesidad de una ordenación del fenómeno por la disciplina laboral podría justificarse con algunas afirmaciones que muestran evidencias poco discutibles. La adopción de medidas descentralizadoras supone la reducción de la eficacia de la normativa laboral, obstaculiza la efectividad de la normativa de promoción de la actividad sindical, altera los procesos y ámbitos de negociación colectiva, modifican las bases para la organización de conflictos colectivos, y dificultan la identificación del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones empresariales. Las anteriores afirmaciones

[7] Iglesias Cabero, M.: "La descentralización productiva y el derecho colectivo del trabajo: Incidencias y efectos en relación con las representaciones unitaria y sindical de los trabajadores, con las elecciones sindicales y con los convenios colectivos", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000, pp. 91 a 122; Solá Monell, X.: "El despido por causas económicos, técnicas, organizativas y productivas en los procesos de descentralización productiva." Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales": problemática jurídica actual Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, pp. 165 a 214.

[8] Cruz Villalón, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", núm. 1, 1992, pp. 114-162; Fernández López, M.F.: "Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa", Descentralización pruductiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, 2000, pp., 407 a 420; Sempere Navarro, A.V.: "Descentralización productiva: contratas o subcontratas, ETTS y cesión de trabajadores" en La reforma laboral de 2006: análisis del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, Luján Alcaraz, J. (Coord.), 2006, pp. 123-186.

[9] Gil Suárez, L.: "La descentralización productiva y la seguridad social", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 9, 2000, pp. 123 a 158; Valverde Asencio, A.: "Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales", Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, pp. 303 a 360; González Ortega, S. y otros: "La descentralización productiva y su repercusión en el terreno de la seguridad social", Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto, Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo, M. y Pérez Guerrero, M.L. (Coord.), 2006, pp. 2006 a 270; Martínez Lucas, J.A.: "La descentralización productiva en el ordenamiento de la Seguridad Social: Contratas y subcontratas", REDT, núm. 96, 1999, pp. 565-586; Lázaro Sánchez, J.L.: "Descentralización productiva, infracciones en materia de seguridad y salud laborales y determinación del sujeto responsable en el ámbito administrativo", Temas Laborales, núm. 67, 2002, pp. 229-240.

no presuponen que las decisiones empresariales de descentralización productiva persigan ese objetivo, no se trata en este caso de realizar un juicio, o más bien un prejuicio, sobre las motivaciones que laten bajo tan complejos procesos de organización empresarial, lo que digo es que independientemente de la voluntad del empresario, los efectos negativos enumerados se producen a partir de un marco normativo que no ha estado suficientemente atento a la evolución del modelo de organización empresarial, a partir de un par de datos indiscutibles; los procesos de descentralización productiva, como anteriormente he dicho de etiología plural, poseen un elemento común: producen de manera inmediata la reducción formal del volumen de empleo de la empresa originaria y la intervención en el proceso de producción de bienes y servicios de un número superior de empresarios que convierten relaciones tradicionalmente bilaterales en relaciones multilaterales. La dificultad de conciliar la realidad material con la regulación jurídica podría ser un elemento que abriese la puerta a la intervención de la autonomía colectiva, como instrumento de corrección de la falta de adecuación denunciada. Pero lo que a priori puede considerarse un impulso, parece que en la práctica se convierte en un obstáculo, pues la complejidad del fenómeno, la velocidad a la que evoluciona y la variedad de los efectos que produce sobre el sistema de relaciones laborales impiden un tratamiento colectivo adecuado, según veremos seguidamente. Esta realidad aconsejaría una decidida intervención legislativa de fomento que permitiera a los negociadores contar con bases más firmes que permitan adoptar las medidas convencionales que devuelvan eficacia a la normativa laboral, aunque para ello no sea preciso homogeneizar el tratamiento normativo al conjunto de los sectores. Este planteamiento, global en cuanto a la consideración del fenómeno descentralizador pero a su vez sectorializado para atender las específicas necesidades en cada ámbito, debiera impulsar la reflexión sobre la idoneidad del marco normativo laboral vigente en la materia, objetivo más general que puede comenzar a abrirse camino a la luz de las correcciones que, ante la ausencia de eficacia de dichas normas, han comenzado a producirse desde la negociación colectiva.

3. EL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO Y LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN ANDALUCÍA

Corresponde en este momento estudiar los rastros que los procesos de externalización de actividades han dejado en los convenios colectivos estatutarios vigentes en el ámbito de negociación andaluz, es decir, en los convenios colectivos autonómicos, provinciales y empresariales acordados en nuestra CC. AA. La materialización territorial de la negociación colectiva en nuestro país

limita las posibilidades de realizar un estudio más fiel a la realidad convencional andaluza, en el que pudiéramos incluir los convenios colectivos que afectan a centros de trabajo ubicados en nuestra Comunidad Autónoma pertenecientes a empresas que superan el ámbito territorial andaluz. Con toda probabilidad estas experiencias negociadoras, por desarrollarse en empresas o grupos de gran tradición convencional, se encuentran entre las más notables del panorama convencional español, por lo que su ausencia puede resultar relevante. A pesar de ello, permaneceremos fieles a la distribución formal más tradicional.

Si ,en los apartados introductorios, hemos imputado al legislador el error de afrontar la regulación de la materia desde una visión patológica y parcial, es obligado realizar un esfuerzo superior en este estudio, y analizar la descentralización productiva de una manera más general que englobe también los aspectos fisiológicos de las prácticas que conforman el objeto de estudio. El presente estudio toma como referencia central los preceptos tradicionalmente identificados con el concepto de externalización (art. 42 a 44 ET), pues aunque la fórmula más frecuentes de descentralización productiva tiene lugar mediante la materialización de contratas o subcontratas de obras y servicio, la descentralización puede producirse también de una forma más definitiva, mediante la transmisión de un centro de trabajo, o una parte de la empresa o, a la inversa, mediante la creación de varias empresas que conforman un grupo de empresas. En paralelo, se estudian los efectos de la descentralización productiva sobre otros aspectos de la normativa laboral no regulados en tales preceptos, que en mi opinión contribuyen a dimensionar adecuadamente la complejidad e intensidad de la vertiente jurídico laboral del fenómeno descentralizador, como la identificación del empleador y el ejercicio del poder de organización de la empresa, el concepto legal de centro de trabajo, la modalidad contractual temporal de obra o servicio determinado y las empresas de trabajo temporal. Otros aspectos, como la representación de los trabajadores, la representación sindical en la empresa o la estructura de la negociación colectiva, aunque no serán tratados monográficamente por la inexistencia de referencias expresas en los textos convencionales, serán objeto de comentario al hilo de otras cuestiones conexas. Con todo, el número de efectos en la normativa convencional es mucho más amplio, y con toda probabilidad seguirá creciendo en los próximos años pues el concepto descentralización productiva no es más que una denominación de naturaleza descriptiva que puede aplicarse a una pluralidad de instrumentos jurídicos que permiten dotar de mayor flexibilidad a la organización empresarial.

3.1. **El empleador y el poder de organización de la empresa**

Entre las normas más habituales que sirven de muro de contención a la generalización de las prácticas descentralizadoras que tienen como objetivo la

reducción de las garantías del trabajador, la interpretación que los órganos judiciales vienen haciendo del art. 1.2 ET ha permitido diferenciar entre el empleador formal y el verdadero empleador, doctrina que toma como referencia la institución del fraude de ley. Si el precepto considera empleador al sujeto receptor de la prestación laboral, no resulta excesivamente complejo asumir que debe considerarse empresario a quien realmente adopta la posición material que a éste le corresponde en la relación de trabajo, al margen de la voluntad de otros sujetos que pretendan aparecer formalmente como tales. Aquel que ejercita las facultades directivas será considerado empresario real, debiendo responder de cuantas obligaciones se desprendan de la relación laboral. El problema fundamental que limita la eficacia aplicativa de este mecanismo de atribución de responsabilidades, conocido como doctrina del levantamiento del velo[10] l, reside en la exigencia de un intenso instrumental probatorio, mostrándose únicamente hábil para solventar los supuestos más graves, aquellos en que la descentralización productiva tiene como objetivo claro la elusión de responsabilidades empresariales, mediante la utilización de un testaferro, normalmente *impecune*, poco cuidadoso de su apariencia, lo que facilita la apreciación del juez[11]. En este sentido, el Tribunal Constitucional reconoce a la Jurisdicción Laboral la labor de identificar al empresario verdadero "frente a quien opera como empresario aparente para eludir gravosas consecuencias de orden laboral, y ello con total independencia de las relaciones civiles y mercantiles existentes entre tales sujetos"[12]. Al principio de primacía de la realidad se refiere también el Tribunal Supremo, para afirmar que la "responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad auténtica de los hechos, más allá de los formalismos y formalidades jurídicas, evitando que pese sobre el trabajador el oneroso deber de indagación de interioridades negociales subyacentes que suelen ser difíciles de descubrir, y en aras de la seguridad jurídica, evitando así empresas ficticias y sin garantías de responsabilidad"[13]. En idéntica línea se expresa el mismo Tribunal, cuando relaciona la técnica del levantamiento del velo con la obligación de dispensar la tutela efectiva que consagra

[10] Al respecto de la aplicación de dicha doctrina por la jurisprudencia laboral, García Vicente, J.: "Responsabilidad solidaria y el levantamiento del velo en la jurisdicción social"; Hurtado Cobles, J.: "El levantamiento del velo y los grupos de empresas" Bosch, 2005; Moliner Tamborero, G.: "El levantamiento del velo de las personas jurídicas en la relación laboral", Martínez Calcerrada y Gómez (coord.) Homenaje a A. Hernández Gil, 2001, pp. 3251-3264; Molina Navarrete, C.: "El levantamiento del velo jurídico en el ámbito de un mismo grupo de sociedades: ¿Un falso debate?", Anuario de Derecho civil, núm. 3, 2000, pp. 751-836.

[11] STS de 1 de diciembre de 1982, RJ 1982/7454.

[12] STC 46/1983, de 27 de mayo.

[13] SSTS de 3 de marzo de 1987 (RJ 1321), de 8 de octubre de 1987 (RJ 6973) y de 30 de junio de 1993 (RJ 4939).

el art. 24.1 de la Constitución, "penetrando en el *sustratum* personal de dichas entidades, levantando su velo en protección de los derechos de quienes, de otro modo, resultarían perjudicados, pues su respeto es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 CE" [14].

La evolución de la figura del empresario no ha sido seguida por el legislador laboral que, con carácter general, ha negado la posibilidad de que dicha posición sea desempeñada por una pluralidad de sujetos. En el momento presente no cabe desconocer que la evolución de la organización empresarial ha superado este esquema de bilateralidad, las relaciones triangulares cobran protagonismo en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, mientras el Derecho del Trabajo anclado en sus principios tradicionales permanece, salvo en el caso de las Empresas de Trabajo Temporal, de espaldas a la evolución organizativa empresarial y a los efectos que produce sobre la prestación de servicios por cuenta ajena[15]. En ausencia de apoyo normativo, la negociación colectiva se encuentra con importantes límites de acción, no pudiendo modificar previsiones legales que son consideradas de orden público laboral, como la que vincula la noción de empresario, y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan, al ejercicio efectivo de los poderes empresariales.

En paralelo, el ordenamiento jurídico reconoce al empresario, como titular de la actividad, la facultad de adoptar la decisión de fragmentar el proceso de producción en tantas partes como considere conveniente e incluso, si así lo considerase necesario, acometer el proceso inverso de centralización del conjunto de las actividades productivas, haciendo uso de la libertad empresarial, que con manifiesta amplitud contempla el art. 38 CE en el marco de la economía de mercado. A nivel legal, la referencia no resulta igualmente amplia y rotunda; el derecho reconocido por el art. 20 ET pone en manos del empresario las facultades de dirección y control de la actividad laboral, pero en ningún caso hace expresa referencia a la organización de la actividad empresarial. Junto a ello, los trabajadores y a sus representantes colectivos puede limitar el ejercicio concreto de estas facultades empresariales haciendo uso de las tradicionales derechos de información, consulta y participación, desde hace ya algún tiempo agrupados por influencia comunitaria europea bajo el término implicación, reconocidos por el ordenamiento laboral español. En otras palabras, la

[14] STS de 25 de septiembre de 1989 (RJ 6488).

[15] Partiendo de esa disparidad, la doctrina recientemente se pregunta: "¿Se está elaborando, a raíz de la interpretación de los arts. 43 y 44 ET un concepto de «empresario laboral» de mínimos, que superponer a los apuntados en los arts. 1.2 y 8.1 ET?, y ¿válido para extenderlo a todos los supuestos en que haga falta un concepto de empresario laboral?" Fernández López, M.F.: "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave", op. cit., p. 3.

adopción de decisiones organizativas en el seno de una empresa incumbe sobre todo al empresario y a sus trabajadores, quienes deben velar por la buena marcha de la empresa, garantía de beneficios empresariales y de continuidad en el empleo. Cuando las decisiones empresariales afecten o puedan afectar al empleo o a las condiciones de trabajo, circunstancia que se verificará en la mayoría de los supuestos, junto a la libertad de empresa entrarán en juego todo un conjunto de normas laborales que tienen como objetivo la puesta en marcha de mecanismos de salvaguarda del empleo y de las condiciones de trabajo, que han dado lugar a la disciplina jurídica sindical, y cuya máxima expresión es la contenida en el art. 7 CE, la defensa y la promoción de los intereses sociales y políticos que le son propios, y recibe desarrollo legal en la LOLS y en el ET.

Siendo esto así, resulta técnicamente incorrecto que la negociación colectiva andaluza mantenga en el texto de numerosos convenios preceptos que otorgan con exclusividad las facultades de organización al empresario, para posteriormente condicionar el ejercicio de dichas facultades a mecanismos más o menos intensos de participación. Es claro que existe una cierta lógica, los empresarios buscan aquí el apoyo normativo que no encuentran en la ley, pues como ha quedado dicho más arriba, el art. 20 ET hace referencia al control de la actividad de los trabajadores y no al ejercicio de las facultades organizativas en la empresa, de las que dicho control no es más que una parte. Por tanto, allá donde es posible, el empresario se procura un apoyo convencional suficientemente sólido para ejercitar estas facultades de manera discrecional. Con ligeras variaciones, los convenios suelen contener un precepto del siguiente tenor:

"La organización técnica y práctica del trabajo, con sujeción a las normas contenidas en este convenio colectivo y las leyes vigentes, es facultad exclusiva de la dirección de la empresa."[16]

Conforme a dichos preceptos, corresponde al empresario no sólo el control de la actividad laboral, forman parte también de las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce al empleador la adopción de todas las decisiones organizativas, entre las que de manera clara se encuentran las relacionadas con cual-

[16] "La organización del trabajo es facultad de la empresa, correspondiendo especialmente a la misma fijar el sistema de trabajo y la distribución del personal." Art. 24 C.C. del Convenio Colectivo de Trabajo para los años 2003 al 2006 de la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A., CENTRO DE TRABAJO DE CARBONERAS, BOP de Almería de 12 de junio de 2003; "La organización del trabajo es facultad exclusiva de los órganos directivos de la Empresa de acuerdo con las disposiciones legales vigentes." Art. 8 del XXVII Convenio Colectivo de ACERINOX, S.A., BOP de Cádiz de 17 de junio de 2008; "La organización del trabajo es facultad exclusiva de la dirección de la empresa, que la ejercitará con arreglo a lo previsto en el presente Convenio colectivo y la legislación actual…" Art. 9 del Convenio Colectivo del Diario de Córdoba, S.A., BOP de Córdoba de 11 de mayo de 2007;

quier medida encuadrable dentro del concepto de descentralización productiva. Dicho lo anterior, reiterarse que tanto la normativa legal como la convencional, esta última con mayor intensidad, reconocen a los representantes de los trabajadores determinadas facultades de participación que limitan el ejercicio de esa libertad. Aunque según se ha podido comprobar permanecen vigentes un buen número de convenios colectivos que incluyen preceptos del anterior tenor, dicho mandato debe interpretarse de manera compatible con las previsiones legales y las contenidas en los propios convenios de referencia, esto es, atribución de facultades al empresario, que deberá compartir con los representantes de los trabajadores, que, en cada caso y a partir de la regulación aplicable, ostentarán un protagonismo más o menos relevante e incisivo.

La autonomía colectiva puede considerarse cauce privilegiado para introducir limitaciones al poder organizativo del empresario, ya sea por expresa remisión legal o bien por iniciativa de los negociadores. En la práctica, los convenios colectivos incluyen limitaciones al ejercicio por el empresario de sus poderes de organización de la actividad empresarial mediante la utilización de dos tipos de cláusulas: prohibitivas las primeras, procedimentales las segundas. En algunos supuestos, los menos frecuentes, la limitación se produce mediante prohibición expresa que impide al empresario acudir a determinadas fórmulas descentralizadoras, es decir, el empresario se compromete a mantener un nivel determinado de centralización en su organización empresarial, mediante la utilización de determinadas alternativas y la exclusión de algunas otras permitidas por la norma legal[17]. De esta manera, el empresario puede colocarse en una situación de desventaja frente a la competencia, pues los empresarios no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio sí podrían hacer uso de las figuras prohibidas a los incluidos en el convenio. Es por ello que estas cláusulas prohibitivas, al menos desde un punto de vista conceptual, encontrarán mejor acomodo en convenios sectoriales, acuerdos cuyo ámbito superior permite limitar este efecto negativo, situando al conjunto de los empresarios que por razones territoriales pueden competir de manera más directa en condiciones similares. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el convenio colectivo es un acuerdo transaccional, de forma que debe entenderse que la inclusión de cláusulas prohibitivas es compensada con otro tipo de medidas que puedan equilibrar el efecto negativo que para la competitividad de la empresa pudiera generar su estricto cumplimiento. Frente a las prohibitivas, las cláusulas procedimentales suelen permitir al empresario acudir al conjunto de las alternativas

[17] El art. 17 del C.C. de las industrias del Vidrio de la provincia de Huelva, BOP de 21 de enero de 2008, establece: "Se prohíbe la subcontratación en este sector salvo fuerza mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la Ley".

descentralizadoras, pero establecen como requisito previo a la adopción de dichas decisiones el respeto a un determinado procedimiento de información, consulta y negociación con los representantes de los trabajadores, normalmente más intenso y exigente que los procedimientos previstos en la normativa legal[18]. Tanto la renuncia convencional del empresario a ejercitar facultades que la ley le reconoce como la decisión de compartir el ejercicio de tales poderes con la representación de los trabajadores exigen que dicha representación posea un alto poder contractual, circunstancia de la que no siempre pueden hacer gala las representaciones de los trabajadores; incluso en los supuestos en los que el poder contractual de los representantes de los trabajadores resulta particularmente intenso, resulta difícil para éstos convencer al conjunto de la plantilla de la trascendencia de dichas cláusulas para el desarrollo futuro de las relaciones laborales en la empresa, como suele suceder en la justificación de todas aquellas reclamaciones cuya consecución no produce efectos inmediatos sobre las condiciones de trabajo. No resulta por tanto particularmente extraño el escaso número de previsiones convencionales vigentes en Andalucía sobre la materia, si exceptuamos las que se limitan a reconocer de manera general que las facultades organizativas de la actividad corresponden en exclusividad al empresario.

A pesar de lo dicho, y sin perjuicio de lo que se comentará más adelante en el estudio de otras figuras, la existencia de algunos preceptos convencionales permite aventurar posibilidades futuras de crecimiento, que sirvan para explorar todas las alternativas y determinar su eficacia. En cualquier caso, vaya por delante la mayor atención que, desde mi punto de vista, debiera prestarse a

[18] Un supuesto particularmente detallado es el previsto en el art. 43 del Convenio Colectivo del organismo autónomo local Patronato de la Residencia de Ancianos San Luís (BOP de Granada de 22 de junio de 2007), que bajo la rúbrica general reorganización y reestructuración establece:

"Las partes, reconociendo la capacidad auto-organizativa de la Empresa, coinciden en introducir los cambios necesarios que puedan suponer innovaciones que afecten a las condiciones de empleo del personal para la mejora en la gestión que respondan a criterios de calidad, eficiencia y eficacia.

La modificación organizativa tendrá el siguiente tratamiento:

a) La Empresa negociará, previamente con los representantes sindicales, de los proyectos de cambios organizativos que impliquen transformaciones de determinados servicios, sin perjuicio de las competencias atribuidas al propio Consejo.

b) En la fase de elaboración de proyectos que afecten al marco jurídico de la prestación del servicio o reasignación de efectivos, la Empresa consultará con las organizaciones representativas sobre la repercusión que tales procesos tengan en las condiciones de trabajo del personal afectado.

c) La Empresa se compromete a dimensionar adecuadamente los efectivos de personal. Será objeto de negociación las normas y criterios generales sobre selección, nombramiento y contratación de personal laboral no permanente."

las cláusulas que establecen procedimientos de consulta y negociación en la implementación de medidas de descentralización productiva, pues permiten a las representaciones de empresarios y trabajadores confrontar las distintas posiciones y encontrar equilibrios entre los intereses empresariales (incrementar la productividad acudiendo a la modificación de aspectos organizativos), y las aspiraciones de los trabajadores (que la mejora de la productividad de la empresa no redunde en el deterioro de las condiciones de trabajo). No recibe similar valoración positiva las cláusulas que establecen renuncias absolutas al ejercicio de prerrogativas empresariales. Bien es cierto que tales renuncias, siempre escasas en su número, suelen producirse en el ámbito de las administraciones públicas; pero conviene tener presente que la realidad del mercado suele sobreponerse a la normativa convencional, por lo que tales preceptos suelen tener una escasa eficacia real.

3.2. **Centro de trabajo y lugar de trabajo**

El art. 1.5 ET define el centro de trabajo como el lugar donde se realiza la prestación laboral, salvo en supuestos de centros de trabajo itinerantes, pero es bien conocido que las medidas de descentralización productiva han producido una desmaterialización del concepto, que en numerosos supuestos supone la pérdida de eficacia de un buen número de normas laborales que en su aplicación precisan de esta referencia geográfica. La definición contenida en el art. 1.5 E.T. y las consecuencias normativas que de ella se derivan muestran toda su potencialidad en el marco de la empresa tradicional, pero pierden eficacia de manera proporcional al número de empresas presentes en un mismo centro de trabajo, tras cuyos muros cada vez más virtuales, colaboran en la prestación de un servicio o en la elaboración de un bien[19]. El marco jurídico laboral vigente de manera general parte de la adscripción de un trabajador a un determinado centro de trabajo, en el que son de aplicación una serie de normas que condicionan tanto los aspectos individuales como los aspectos colectivos de la relación de trabajo. Cuando los trabajadores de una misma empresa y pertenecientes a un mismo centro de trabajo realizan su prestación de servicios en lugares de trabajo distintos

[19] En el mismo sentido, "Este entorno organizativo modifica los tradicionales presupuestos de hecho de los sistemas pluralistas de relaciones laborales. Los procesos de vaciamiento y dislocación de las empresas, por lo pronto, dificultan la implantación de los sujetos que agregan los intereses colectivos de los trabajadores. Y en segundo lugar, abren nuevos escenarios en la acción colectiva, de fronteras funcionales más difusas (Grupo de empresas, sectores descentralizados o empresas auxiliares) y a menudo privadas de la tradicional nota de cohesión social. La cohesión social, fundamento de la acción colectiva, tiende a erosionarse" Valdés Dal-Ré, F.: "Descentralización productiva y desorganización…", op. cit., p. 87.

y distantes geográficamente, las normas que integran el marco normativo laboral pierden una referencia fundamental en ausencia de la cual se reduce de manera notable su eficacia. Desde el punto de vista inverso, el marco jurídico laboral vigente de manera general ha sido proyectado en la hipótesis del empleador que gobierna un centro de trabajo en el que desarrollan su prestación de servicios los trabajadores adscritos al mismo, frente a los que ejerce su poder de dirección y ante los que responde de una serie de obligaciones. Cuando un mismo centro de trabajo es lugar de trabajo para trabajadores de distintas empresas frente a los que ejercen su poder de dirección una pluralidad de empresarios de forma más o menos coordinada, el marco normativo laboral pierde eficacia.

Esta distorsión del modelo tradicional, provoca efectos en el plano individual de la relación de trabajo, pues las relaciones de coordinación que las empresas que colaboran en la materialización de la actividad empresarial no pueden llevarse lógicamente a cabo sin afectar la bilateralidad típica del contrato de trabajo. Las decisiones de unos empresarios condicionan el ejercicio del poder de dirección de otros empresarios, pudiendo alterar las condiciones de trabajo en la que desarrollan su actividad los trabajadores que prestan servicio para estos últimos. Calendarios, vacaciones, permisos, horarios, jornada deben coordinarse para el buen fin de la empresa proyectada, objetivo a cuyo servicio deberá hacerse un uso coordinado de los poderes empresariales que, al menos desde el punto de vista formal, corresponden en exclusiva ejercitar a cada uno de los empresarios implicados. En la práctica, las necesidades de coordinación suelen afectar al ejercicio material de estos poderes, limitando la facultad de decisión del empresario y, al límite en supuestos en los que existe un alto grado de integración, vaciando de contenido dichas facultades en lo relativo a alguna de las materias más arriba relacionadas sin pretensiones de exhaustividad. Téngase finalmente también presente que, aunque cabe pensar que el éxito comercial obtenido por el producto manufacturado o el servicio suministrado debe afectar al conjunto de los trabajadores, independientemente del empleador para el que trabajen, las decisiones relacionadas con posibles incrementos en la contratación, renovación de contratos, suspensiones e incluso extinciones que, desde un punto de vista formal adoptará cada empresario, quedarán condicionadas de manera importante por las decisiones que adopte el empresario principal, por más que para su adopción no haya contando con la participación de los empleadores jurídicamente responsables de la adopción de las medidas que en cada caso sea preciso adoptar.

Sin embargo, la distorsión se produce de manera más palmaria si se atiende a los aspectos colectivos, pues tanto la regulación de la representación sindical como la ordenación de la representación unitaria parten una misma referencia geográfica: el centro de trabajo. La proliferación de empresas de servicios ha incrementado de manera notable el número de trabajadores para quienes el

centro de trabajo no supone más que una referencia administrativa, una adscripción a efectos formales que poco tiene que ver con el tradicional espacio geográfico determinado al que de manera diaria debe desplazarse para realizar su prestación laboral y en el que deberá pasar la totalidad de su jornada de trabajo. Es en este espacio donde tiene lugar de manera presencial su prestación personal, pero también donde se desarrollan materialmente el conjunto de las relaciones que configuran el sistema de relaciones laborales. La presencia de los trabajadores en un espacio determinado constituyó, en su momento, un elemento esencial para la configuración de representaciones sindicales no estables y, posteriormente, para la creación y desarrollo de organizaciones sindicales que hoy conocemos. Pero no sólo eso, sin la agrupación de trabajadores en un espacio concreto, el centro de trabajo tampoco sería imaginable el desarrollo de procesos de conflictos colectivos, ni las importantes experiencias de negociación colectiva a nivel de centro de trabajo y de empresa. Insisto, el centro de trabajo es un elemento estratégico para el movimiento sindical, la pérdida de su referencia, la distribución de los trabajadores de la empresa por una pluralidad de centros de trabajo ajenos, y la presencia en el centro de trabajo de trabajadores de una pluralidad de empresas son obstáculos materiales para el desarrollo del los derechos colectivos de los trabajadores, que impiden el desarrollo de la cohesión social. El cambio en el paradigma de empresa ha provocado importantes efectos sobre las facultades organizativas de los trabajadores, induciendo a la pérdida del sentido de pertenencia a un mismo grupo, y dificultando la fijación de intereses comunes por los que resulta imperativo acudir a medidas de conflicto colectivo.

Como una excepción a todo cuanto se ha dicho más arriba, en materia de prevención de riesgos laborales se han introducido normas específicas que establecen obligaciones de cooperación, coordinación, información y vigilancia entre los distintos empresarios que concurren en un mismo centro de trabajo en la aplicación de las normas que regulan dicha materia (art. 24 LPRL). Llama poderosamente la atención que esta visión más global del centro de trabajo no se haya trasladado a otros ámbitos de la disciplina laboral, excepción hecha de la previsión contenida en el art. 42.6 y 7 ET. Por el contrario, el legislador laboral ha permanecido particularmente inactivo, incapaz de prever que la evolución de la morfología de las nuevas empresas provocaría una importante alteración en la eficacia con que las normas que regulan la representación de los trabajadores y la negociación colectiva cumplen su papel. Dicho lo anterior, convendría modificar la regulación de alguna de las instituciones que toman como referencia el centro de trabajo, particularmente las instituciones básicas del derecho laboral colectivo, lo que de forma indirecta y progresiva permitiría actuar sobre los aspectos individuales de la relación de trabajo. A la espera de que esa modificación normativa de gran calado se produzca y en la seguridad

de que por afectar a las bases del sistema requerirá un largo periodo de maduración, es preciso enfocar nuestro análisis sobre la escasa actividad que en esta materia se ha producido vía negociación colectiva. Por más que los datos indiquen una importante actividad negocial a nivel de centro de trabajo[20], en la práctica estos convenios únicamente serán aplicables a los trabajadores dependientes del titular del centro de trabajo, a los que deben sumarse los de las empresas de trabajo temporal, no así al resto de trabajadores que prestan sus servicios en dicho centro para otros empresarios.

Es cierto que la ausencia de regulación legal limita el poder contractual de los negociadores; pero no resulta menos evidente que el amplio reconocimiento de la autonomía colectiva y de las libertades sindicales en nuestro ordenamiento permiten a las organizaciones empresariales y sindicales modificar sus estrategias tradicionales para adaptarse a la nueva realidad económica. En otras palabras, la nueva regulación contenida en el art. 42.7 y 81 ET[21] facilita a los representantes de los trabajadores de las empresas principal y contratistas coordinar actuaciones haciendo uso de los locales en la empresa principal, y abren la puerta a la posibilidad de negociar créditos de horas específicos para tales fines; pero la relevancia de las medidas de promoción como ésta, no puede hacernos olvidar que hasta la fecha de aprobación de esta reforma, las representaciones sindicales o unitarias de los trabajadores podían coordinar sus actuaciones en ejercicio de sus prerrogativas. La regulación de la acción colectiva sindical permite la coordinación entre representantes de distintas empresas en búsqueda de un interés común, en el caso de la participación en un mismo proyecto empresarial, la coordinación de actividades no es sólo una posibilidad lícita sino a todas luces deseable. Lo mismo cabe decir de las facultades de autoorganización sindical, si bien es cierto que la posibilidad de elegir a un delegado sindical con las prerrogativas previstas en el art. 10 LOLS hace referencia al centro de trabajo, nada impide a los sindicatos establecer secciones sindicales o estructuras de coordinación que superen el ámbito empresa. A partir de lo dicho, la posibilidad de establecer medidas de presión e, incluso en los casos más graves, acudir al ejercicio de derecho de huelga de manera coordinada resulta también una opción que no encuentra obstáculos en la norma reguladora. En el mismo sentido, la fijación de la unidad de negociación es una competencia de los negociadores, según establece el art. 83.1 ET, y nada impide el establecimiento de unidades de negociación que atiendan al fenómeno de la descentralización productiva, como en algunos supuestos se ha puesto de manifiesto con los convenios colectivos de grupo de empresa.

[20] Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, CARL, 2009, p. 81.
[21] Modificación introducida por Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

El estudio de los convenios colectivos andaluces arroja un resultado escasamente favorable en esta materia. Ni la estructura de la negociación colectiva, caracterizada históricamente por la presencia de un mayor número de convenios de ámbito de empresa aunque son los convenios sectoriales los que afectan a un mayor número de trabajadores[22], ni las cláusulas que regulan la acción sindical y la mejora de las prerrogativas y facultades de secciones sindicales y delegados sindicales en los convenios, atienden de manera directa las exigencias del fenómeno descentralizador[23]. Es posible que existan todo tipo de prácticas de colaboración y coordinación informales, pero ningún rastro al respecto en los textos de los convenios vigentes. Podría plantearse que respecto a los procesos de descentralización que tienen como objetivo la externalización de actividades propias, en palabras del art. 42 ET "pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal" la estructura tradicional del sindicato, agrupado por sectores, no precisa ser modificada, y similares argumentos pueden ofrecerse para justificar el mantenimiento de la negociación colectiva sectorial; pero no es menos cierto, que al margen de la propia actividad se producen la mayoría de los procesos de externalización productiva y, en cuanto a la negociación colectiva, que en numerosos casos las grandes empresas poseen convenio propio quedando al margen de la aplicación del convenio sectorial.

3.3. **Contrato de obra o servicio determinado**

La modalidad contractual prevista en el art. 15.1.a ET, que permite la contratación temporal de trabajadores para la realización de una obra o servicio determinados, ha sido utilizada de manera generalizada por las empresas contratistas y subcontratistas, convirtiéndose en el contrato típico que vincula a dichos empresarios con los trabajadores a su servicio, al menos, para aquellos

[22] Según establece el informe Negociación Colectiva de Andalucía 2008, de los 848 convenios vigentes en Andalucía durante dicho período, el 79,25% son de ámbito de empresa o inferior, mientras que los de ámbito sectorial suponen sólo el 20,75 % del total. Por el contrario, los convenios de empresa afectan únicamente al 7.47 % de los trabajadores andaluces. Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, pp. 78 a 80, CARL, 2009.

[23] Y ello a pesar de que esta materia es extensamente tratada en la mayoría de los convenios colectivos vigentes. Al respecto, "Los datos generales muestran una apabullante presencia de tales cláusulas en los convenios colectivos andaluces, dado que casi el 90% de los mismos presenta una estipulación de este tipo. Hay que reseñar de hecho que el 87,97% de los convenios andaluces así lo hacen, siendo algo más frecuente en los convenios de sector que en los de empresa, repercutiendo todo ello en una enorme afectación personal" Informe sobre la Negociación Colectiva de Andalucía 2008, p. 337, CARL, 2009.

empleados en la ejecución de la obra o el servicio que da lugar a la contrata[24]. La anterior afirmación permite vincular la duración de los contratos laborales a la vigencia de la contrata, de forma que la finalización de la misma por cualquiera de los motivos admitidos en derecho, determinará, tras la oportuna comunicación, la finalización de estos por alcance de su término final. Dicha práctica ha sido considerada lícita por la jurisprudencia laboral[25], siempre que, como establece la propia norma, la obra o el servicio de duración temporal posean autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, requisito de naturaleza objetiva cuya superación, al menos esa parece la práctica más extendida en nuestro sistema de relaciones laborales, resulta sencilla a partir de la materialización entre empresario principal y empresario auxiliar del negocio jurídico que soporta la realización de la contrata. Téngase en cuenta que en este tipo de trabajos no cabe realizar la tradicional diferenciación entre la actividad normal o temporal de la empresa, porque esa normalidad, en opinión de la doctrina judicial, no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo. Tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que lacontrata actúa sólo como un mecanismo de cober-

[24] Al menos hasta la fecha, no parece probable que se cumpla alguna de las predicciones realizadas por la doctrina, aunque sí parece cierto que esta modalidad contractual ha sido la más solicitada durante el mes de enero de 2009, superando a la modalidad eventual. No comparto por tanto, la verosimilitud de hipótesis como la siguiente, aunque si sus probables consecuencias: "Pues bien, si el contrato para obra o servicio determinado se convierte en el contrato tipo de nuestro sistema de relaciones laborales, las consecuencias en términos de precariedad laboral que ello puede producir son realmente alarmantes", vid. Rodríguez Fernández, M.L.: "Algunas garantías frene a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado", Relaciones Laborales, II, 2004, p. 593

[25] Sobre la posibilidad de que esta modalidad contractual haya sido utilizada fraudulentamente y con efectos sustitutivos de la, ya lejana en el tiempo, contratación en fomento del empleo, vid. Ballestero Pastor, M.A.: "El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural", en "Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas" Tirant lo blanch, 2000, pp. 386; de práctica "santificada" es calificada por la doctrina, vid. Rodríguez Fernández, M.L.: "Algunas garantías frene a la descentralización productiva: limítes al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado", Relaciones Laborales, II, 2004, p. 593; Para una revision de la evolución de la doctrina sobre la materia, vid. Olarte Encabo, S.: "Los contratos temporales estructurales: Aspectos jurídico-prácticos", Comares, 2000, pp. 21 a 31; Por su parte la doctrina judicial en la materia queda claramente expuesta, entre otras, en las SSTS de 7 de octubre de 1992 (RJ 7621), 24 de septiembre de 1993 (RJ 8045); de 10 de junio de 1994, (RJ 5422), 3 de noviembre de 1994 (RJ 8590), de 10 de abril de 1995 (RJ 3038) de 11 de noviembre de 1998 (RJ 9623); 18 de noviembre de 1998 (RJ 307); 28 de diciembre de 1998 (RJ 387) y 8 de junio de 1999 (RJ 5209).

tura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato[26]. Siendo así, al decretarse el fin de lacontrata por la empresa cliente, será igualmente ajustada al mandato del art. 49. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquella se refería; por último, la eficacia de esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otracontrata con la empresa cliente, con la misma finalidad[27]. Pues bien, la aceptación de la tesis judicial más arriba resumida permite la contratación temporal de dichos trabajadores durante largos periodos de tiempo, superiores a los permitidos en otras modalidades contractuales de carácter temporal. Por esta vía, se produce una importante debilitación del poder contractual de los trabajadores que prestan servicios en empresas de servicios, cuyas plantillas son mayoritariamente ocupadas por trabajadores con contratos de duración determinada, de manera que en dichas empresas el contrato tipo deja de ser el contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Por lo que respecta a la negociación colectiva andaluza, entre las cláusulas convencionales que regulan aspectos relacionados con la contratación, la denominada contratación de duración determinada ha concitado el mayor interés de los negociadores. Así lo reflejan los datos ofrecidos por el CARL[28], según los cuales en el 68% de los convenios colectivos vigentes durante el año 2008 se realiza algún tipo de mención sobre estos tipos contractuales, afectando al 99,01% de las empresas cubiertas por la negociación colectiva andaluza y, aproximadamente, al 97,57% del total de trabajadores. Este tipo de cláusulas es más frecuente en los convenios de sector que en los de empresa (el 89.2% de los primeros regula esta cuestión, frente al 62.5% de los de ámbito funcional inferior), y supone un cierto incremento sobre la situación del año precedente.

[26] Lo que la doctrina ha calificado como temporalidad externa, vid. Rodríguez Fernández, M.L.: "Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajeneidad en el mercado", Relaciones Laborales, II, 2004, p. 593.

[27] "Solución a priori no exenta de conflicto, no sólo por su cuestionable fundamento teleológico, sino también en relación a su delimitación y a su perversa incidencia sobre otras modalidades de contratación como la de fijo-discontinuo", vid. Sánchez Torres, E.: "Los efectos de la descentralización productiva sobre el contrato de trabajo", en Descentralización productiva y relaciones laborales. problemática jurídica actual Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M (Coord), Lex Nova, 2001, p. 122; Criticando el formalismo la doctrina judicial preponderante, vid. López López, M.F.: "La contratación temporal y el fraude de ley", Relaciones Laborales, 1990, II; Ballester Pastor, M.A.: "El contrato temporal condicionado a la duración..." op. cit., p. 387.

[28] "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 174.

Dentro de este marco de especial atención convencional, el contrato de obra o servicio ocupa el primer lugar si se tiene en cuenta el número de convenios que se ocupan de esta materia, pues dicha modalidad contractual aparece regulada en el 23,23% de los convenios vigentes, afectando dicha regulación a un total de 77.600 empresas y a número no inferior a 630.000 trabajadores[29]. También en este caso, la regulación es más frecuente en los convenios de sector que en los de nivel inferior, registrando asimismo un ligero aumento con respecto a los datos del año anterior. Por sectores productivos, los negociadores más activos se encuentran en Siderometalúrgica, Construcción, Madera, Cemento y Comercio, frente o Sanidad, frente al escaso interés en otros sectores como Saneamiento, Agricultura o Administración. Como en otras materias, la mayoría de los convenios realizan una innecesaria remisión a la normativa laboral sobre contratación temporal, con expreso compromiso empresarial de cumplimiento de lo dispuesto en la misma[30] En otros supuestos, la normativa convencional ni siquiera hace uso de dicho recurso, conveniente a efectos de economía normativa, reiterando el texto literal del precepto correspondiente. Tratándose en ambos casos de un esfuerzo innecesario y conocida la frecuencia con que se producen reformas normativas en la materia, la introducción del texto legal en la norma convencional resulta una solución técnicamente desaconsejable, pues el mantenimiento de la normativa derogada o alterada en el cuerpo del convenio aunque no produzca efectos jurídicos genera confusión. Por otra parte, resulta generalizado el retraso en la adaptación de las modificaciones introducidas en materia de contratación, particularmente el límite temporal a la concatenación de contratos previsto en el artículo 15.5 ET, introducido por Ley 43/2006 de 29 de diciembre[31]. Menos eficaz aún parece hasta la fecha la remisión prevista en el mismo precepto, que encomienda a los convenios colectivos la tarea de establecer "requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva" de contratos temporales con diversos trabajadores para

[29] "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 190.

[30] El art. 9 del C.C. de empresa para los trabajadores de la Entidad "Sociedad Agraria de transformación número 2130 – Campo de Níjar" , BOP de Almería de 17 de diciembre de 2008, establece: "Se podrá suscribir esta modalidad de contrato de conformidad con lo dispuesto por la legislación en cada momento vigente"

[31] El art. 26.A.2 del C.C. Provincial del Sector de la Madera de Córdoba (2008-2011), BOP de 20 de noviembre de 2008 establece: "No obstante lo anterior, previo acuerdo de las partes, el personal afectado por esta modalidad de contrato podrá prestar servicios a una misma empresa y en distintos centros de trabajo de una misma provincia, durante un periodo máximo de tres años consecutivos, sin perder dicha condición y devengando los conceptos compensatorios que correspondan por sus desplazamientos. En este supuesto, la empresa deberá comunicar por escrito el cese al trabajador /a antes de cumplirse el periodo máximo de tres años fijados en el párrafo anterior, cumplido el periodo máximo de tres años si no hubiere mediado comunicación escrita del cese, el trabajador/a adquirirá la condición de fijo de plantilla. .."

ocupar un mismo puesto de trabajo. Quizás pudiéramos incluir entre estos instrumentos preventivos los que vinculan la conversión en indefinidos de los contratos de trabajadores con contratos de obra o servicio determinado, cuando se produzcan extinciones de contratos de naturaleza indefinida por cualquiera de las causas previstas en la Ley[32].

Sí resulta habitual la fijación de las específicas obligaciones de los empresarios en materia de información a los representantes de los trabajadores (art. 8.3 ET). En concreto, algunos convenios se detienen a exigir la transmisión de determinados datos, relacionados fundamentalmente con la identificación de la obra o el servicio, pero que, con el objetivo de permitir a la representación de los trabajadores visualizar una imagen conjunta del efecto que la contratación de dicha actividad provoca en la plantilla de la empresa, también se extienden a otros detalles como el número de trabajadores afectados por la contratación de dicha obra o servicio, las condiciones de trabajo y la duración estimada[33]. En el mismo sentido innovador, cabe destacar aquellos acuerdos que limitan de manera directa el recurso a esta modalidad contractual por el empresario, estableciendo porcentajes del total de la plantilla, que funcionan como límites a la libertad de contratación empresarial. En cualquier caso, conviene tener presente que en algunos supuestos los umbrales establecidos resultan excesivamente amplios, por lo que su virtualidad limitadora no parece que pueda producir efectos materiales notables[34]. También podemos calificar como frecuentes, las

[32] El art. 35 del C.C. Provincial del Sector de Industrias de Panadería y Expendeduría de Pan de Huelva, BOP de 3 de diciembre de 2007 establece: "En aquellas empresas donde se realicen estos contratos de obras o servicios determinados, motivado por la circunstancia anteriormente expresada, cuando se produzca un cese de trabajadores fijos sea cual sea el motivo del mismo, de manera automática a los trabajadores que tengan contrato de obra o servicio se le reconocerá la condición de fijo en igual número que trabajadores fijos hubieran cesado, El trabajador fijo sería sustituido por un trabajador temporal bajo esta modalidad contractual, No se realizaría dicha sustitución si en la empresa afectada no se utilizase tal modalidad temporal de contratación, salvo que en los dos meses precedentes al hecho causante del cese del trabajador fijo se hubiese utilizado en dicha empresa la modalidad del contrato por obra o servicio determinado, en cuyo caso deberá realizarse tal sustitución."

[33] El art. 14.1 del C.C. del Sector de Derivados del Cemento de la Provincia de Córdoba (2007-2009), BOP de 4 de julio de 2008 establece: "La utilización de esta modalidad contractual requerirá, en todo caso, la confección de una copia básica del contrato, que además del contenido que las copias básicas del contrato han de reunir con carácter general, expresarán, necesariamente: la causa objeto del contrato, las condiciones de trabajo previstas en el mismo, la especificación del número de trabajadores y trabajadoras que se prevea intervendrán en la obra o servicio, el grupo o categoría profesional asignado al personal contratado y la duración estimada de la obra o servicio. De dicha copia básica se dará traslado dentro de los plazos legales a los representantes de los trabajadores y trabajadoras"

[34] El art. 3 del C.C. Provincial del Sector del Industrias del Aceite y sus derivados de la provincia de Córdoba (2007-2009), BOP de 6 de julio de 2007 establece: "Los contratos eventuales o de duración determinada que se detallan seguidamente en este punto bajo los apartados

cláusulas convencionales que prevén el incremento de la indemnización por finalización del contrato de duración determinada, prevista en el art. 49.1.c ET[35]. Al respecto es preciso llamar la atención sobre la práctica, a nuestro juicio contraria a la prohibición de discriminación en atención a la duración del contrato prevista en el art. 15.6 ET, de establecer bases para el cálculo de la indemnización por finalización del contrato distintas en función de la mayor o menor duración del contrato temporal[36].

Por el contrario, sí parece que ha comenzado a calar en la práctica convencional la llamada realizada por el art. 15.1 a) ET, en virtud de la cual los convenios colectivos, independientemente de su ámbito, "podrán identificar dichos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza". El 10,61% de los convenios colectivos vigentes y el 9,27% de los originarios identifican de forma más o menos amplia el objeto posible de esta modalidad contractual, haciendo uso de la habilitación realizada por el último inciso del precepto citado[37], aunque de la lectura de alguno de los preceptos que regulan la materia no pueden extraerse conclusiones particularmente positivas. De una parte, es claro que la individuación de tareas es una labor de estricta aplicación del supuesto previsto en la norma, lo que a todas luces impide a los negociadores realizar operaciones de ampliación del supuesto normado. En otras palabras, los convenios colectivos no tienen facultades de ampliación de la causa prevista en la letra a) del art. 15.1 ET, pues la labor de identificación de tareas debe realizarse sin perjuicio de la causa legal que habilita la contratación temporal por obra o servicio determinado, a mayor abundamiento, prevista en el primer inciso del mismo precepto. Por tanto, cualquier tarea debe mantener las notas de incertidumbre temporal, autonomía y sustantividad que caracterizan esta modalidad contractual, en caso contrario, por más que los negociadores legitimados al efecto hayan acordado la posibilidad de realizar contratos de obra o

---

a); b); c) y d), en su conjunto, no podrán rebasar el 60% de la contratación total de la empresa, considerada en cómputo anual"

[35] El art. 23 del C.C. de la empresa Grupo Hispatec, Informática Empresarial SAU, BOP de la provincia de Almería de 29 de agosto de 2006, establece: "A la finalización del contrato, siempre que el mismo tuviese una duración superior al año, el trabajador percibirá una indemnización equivalente de la cantidad que resultara de abonar 15 días de salario por cada año de servicio, prorrateándose los periodos trabajados inferiores al año."

[36] El art. 20 del C.C. Provincial de trabajo de la Industria de la Madera de Almería, BOP de 3 de febrero de 2009, establece: "A efectos de indemnización, si la duración ha sido igual o inferior a cuatro meses, la empresa vendrá obligada a satisfacer una indemnización de 15 días de salario por año de servicio; si la duración es superior a cuatro meses, la indemnización será de 20 días de salario por año de servicio. Ambas indemnizaciones surtirán efectos desde el primer día."

[37] "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 191.

servicio, dichos preceptos deben entenderse inaplicables, y los contratos realizados en aplicación de los mismos realizados en fraude de ley, presumiblemente indefinidos por aplicación de los previsto en el art. 15.3 ET[38].

Entre este tipo de desviaciones aplicativas, podemos situar los preceptos convencionales que parecen sustituir el tradicional contrato fijo discontinuo previsto en el art. 15.8 ET, periódico o no, por la posibilidad prevista en el convenio, según se ha dicho antes fraudulenta, de realizar tareas que con toda claridad se repiten año tras año mediante contratos de obra o servicio determinados[39]. Reiteramos que dicha posibilidad aparece vedada a la negociación colectiva. Algunos convenios, sin duda reflejo del efecto sustitución que se estudia, prevén para los contratos realizados bajo su cobertura un tratamiento similar al que la norma legal dispensa a los contratos fijos discontinuos no periódicos, incluyendo las obligaciones derivadas del derecho a llamamiento reconocido en la Ley a los trabajadores vinculados por contratos de dicha naturaleza[40]. Por último, a la vista de algunas previsiones convencionales, parece que puede concluirse que en esta materia la negociación colectiva pudiera estar protagonizando una labor defensiva que, superando los límites legales, persigue limitar el recurso del empresario a recursos externos[41], aunque el precio que

[38] El art. 35 del C.C. Provincial de Industrias de Panadería y Expendeduría de Pan de la Provincia de Huelva, BOP de 20 de febrero de 2008, establece: "Las empresas afectadas por este convenio podrán realizar contratos de trabajo en la modalidad de obras o servicios determinados cuando se dé la siguiente causa: que la necesidad de contratar esté motivada por la necesidad de aumentar la plantilla, como consecuencia de tener que atender demandas de clientes nuevos que supongan un incremento de producción sobre el habitual de al menos la cantidad mínima de producción exigible establecida para cada año en el artículo 12 de este convenio"

[39] El art. 17 del C.C. de la Vid de la Provincia de Cádiz, BOP de 7 de noviembre de 2007, prevé entre otras como actividades susceptibles de contratación por obra o servicio determinado la "Preparación de la Campaña de Navidad" y las "Faenas propias de la Vendimia".

[40] El art. 10 del C.C. de empresa Dimoba Servicios, S.L., BOP de Almería de 29 de marzo de 2006, establece: "… A efectos de determinación de los trabajadores afectados por esta situación, se elegirán primero los de menor antigüedad, y caso de tener la misma, se valorarán las cargas familiares, informando en todo caso a la representación de los trabajadores"

[41] El art. 35 del C.C. Provincial de trabajo de Comercio Textil de Almería, BOP de 30 de septiembre de 2008: "De conformidad a lo previsto en dicho artículo, se identifican como trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del sector, que pueden cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios determinados, los siguientes:

Las campañas específicas.

La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento.

Las ferias, exposiciones y ventas especiales

Las promociones de productos o servicios propios o de terceros

Los aniversarios

Y cualquiera otra tarea comercial que presente perfiles propios o diferenciados del resto de la actividad".

deba pagarse resulte en algunos casos extremadamente alto, como sería el intento de legitimación de contrataciones temporales fraudulentas[42]. Téngase en cuenta que para los representantes de los trabajadores el dilema puede resultar difícil de resolver, admitir contratación temporal fraudulenta interna *versus* permitir que el empresario realice dichas contrataciones, en este caso con posibilidades materiales de realizar dicha operación conforme establece la legislación vigente, con recursos empresariales externos, aunque también de naturaleza temporal. En el primer caso, aunque de manera temporal, los trabajadores podrán beneficiarse de las condiciones de trabajo de la empresa principal, habitualmente en su cómputo global de mejor calidad; mientras que en el segundo caso, los trabajadores de la empresa auxiliar, sobre los que no ejercerá actividad representativa relevante, seguramente gozarán de condiciones de trabajo de nivel inferior[43].

3.4. Subcontratación de trabajadores y cesión ilegal

La represión del fraude de ley preside también la regulación del art. 42 ET, que realiza un importante esfuerzo diferenciador entre figuras muy cercanas, como es el caso de las contratas de obras y servicios y la cesión de trabajadores. La regulación prevista en dicho precepto puede considerarse central para el fenómeno descentralizador, a partir de la amplia interpretación que doctrina y jurisprudencia han realizado del ámbito de aplicación del precepto de referencia[44]. Pero no puede obviarse que las garantías previstas en el art. 42 ET amparan únicamente a las contrataciones referidas a la propia actividad del empresario, quedando fuera del ámbito de protección de la norma una gran cantidad de prácticas de externalización de actividades[45]. Conforme lo que

[42] Fraudulenta considero la identificación como tarea con sustantividad propia a cubrir con contratos para la realización de obras o servicios determinados "La consolidación comercial en los casos de creación o ampliación de un establecimiento", vid. art. 43.1.b) del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo del sector Dependencia Mercantil de Almería, BOP de 2 de julio de 2007.

[43] Un ejemplo de cuanto se dice puede verse en el art. 17 del C.C. de la Vid de la Provincia de Cádiz, BOP de 7 de noviembre de 2007, donde expresamente puede leerse:

"A fin de potenciar la utilización de las modalidades de contratación previstas por la Ley laboral, y evitar al máximo la utilización de formas externas a las empresas, particularmente ETT, se acuerda crear un contrato de obra o servicio determinado, que se regirá conforme a las estipulaciones que siguen…"

[44] Moliner Tamborero, G.: "Las contratas y subcontratas desde la jurisprudencia de la Sala de los Social del Tribunal Supremo", en Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: estudios en recuerdo de F. Blat Gimeno, 2000, pp. 421 a 439; Salinas Molina, F.: "Contratas y subcontratas: Jurisprudencia unificadora" RMTAS, 38, 2002, pp. 201-228.

[45] En el mismo sentido, se ha dicho: "Fraccionamiento del proceso productivo por la sistemática externalización a través de contratas y subcontratas con otras empresas diferentes, no

debemos considerar como doctrina jurisprudencial suficientemente asentada, la noción de propia actividad está relacionada con la realización de las labores que configuran el ciclo productivo de la empresa; haciendo suya la aceptación restringida de lo que debe entenderse por dicho concepto conforme a la elaboración doctrinal, sin que la reiteración de dicha tesis permita eliminar todas las dudas que dicho concepto provoca, particularmente si tenemos en cuenta la diversidad de posibilidades que en la actualidad permite la incorporación de las tecnologías de la información[46]. La aplicación de esta doctrina ha permitido considerar propia actividad la de transporte sanitario de urgencia[47] y ordinario[48] respecto de la Administración Pública Sanitaria, el desmontaje de los conductores y postes de madera de una línea de baja tensión respecto de la actividad de distribución de energía eléctrica[49], el montaje del tendido aéreo de líneas telefónicas respecto de la actividad de la compañía de telefonía[50], el servicio de comedor de un colegio mayor[51], servicio de atención domiciliada prestado en régimen de concesión administrativa con un ente local[52]; por el contrario, se viene rechazando la consideración de actividad propia la del promotor de una obra respecto a la del contratista que la realiza[53]; las tareas de vigilancia de las instalaciones respecto de empresa de distribución eléctrica[54], la actividad de entidades dedicadas a la formación respecto del INEM que actúa como financiador de dichos cursos[55]. De todo lo dicho, cabe concluir la dificultad de aplicación práctica del concepto propia actividad, la inseguridad jurídica que puede derivarse de la misma y, en cualquier caso, la imposibilidad de establecer líneas claras que impidan la determinación caso por caso.

---

siempre relevantes para el Derecho del Trabajo (sólo las «pertenecientes a la propia actividad»), lo que posibilita excluir apartados enteros de esta ligazón entre empresas. Se trata de un fenómeno tan extenso y generalizado que el problema ya no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, de evaluación de la razonabilidad y los efectos de las nuevas fórmulas de organización empresarial." Fernández López, M.F.: "Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en el Derecho del Trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave" Relaciones Laborales, núm. 4, 2009, p. 3.

[46] Entre otras, las SSTS 18 de enero de 1995 (RJ 1995, 514), 29 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9049), 24 de noviembre de 1998), 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595).

[47] SSTS 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7366), 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 5595).

[48] STS 4 de junio de 2008 (RJ 2008, 4233).

[49] STS 11 de mayo de 2005 (RJ 2005, 6026).

[50] STS 22 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 510).

[51] STS 21 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10034).

[52] SSTS 18 de marzo de 1997 (RJ 1997, 552), 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2194), 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9867).

[53] STS 2 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6728).

[54] STS 27 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9656).

[55] STS 29 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9049).

Por otra parte, si en un primer momento, el legislador laboral se ocupó de garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas que el subcontratista mantiene con sus trabajadores en supuestos de propia actividad, la redacción vigente desde el año 2001[56], sugiere una regulación más completa del fenómeno, aunque se trataba de una regulación que respondía en demasía a los planteamientos originales. Los derechos de información reconocidos a los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas pretenden la utilización de técnicas diversas, tratándose ahora de poner en manos de la representación de los trabajadores una información cuyo conocimiento permite a sus miembros adoptar en cada momento mejores decisiones; debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el reconocimiento aislado de derechos de información, que aunque con menor extensión y detalle ya estaban presentes en el art. 64 ET, no resulta un instrumento particularmente eficaz para combatir los efectos negativos de la descentralización productiva. Quizás por ello la redacción del precepto ha sido nuevamente modificada en el año 2006 para introducir algunas medidas de impulso de la colaboración entre las representaciones de los trabajadores[57]. La nueva regulación, aunque en mi opinión puede ir en el sentido adecuado, resulta un paso tímido hacia el objetivo de reponer el poder contractual de la representación de los trabajadores. Las limitadas facultades de representación de los trabajadores de las empresas auxiliares por los representantes de los trabajadores de la principal que prestan servicios en un mismo centro de trabajo, que el legislador reduce a supuestos de ausencia de representación, y la posibilidad de coordinar actuaciones entre las representaciones de los trabajadores de las distintas empresas que coinciden en un mismo centro de trabajo, aunque resultan iniciativas interesantes, no parece que resulten suficientes para afrontar los efectos negativos que venimos comentando y, sobre todo, no resultan suficientemente eficaces para solucionar el conflicto de intereses que sin duda se produce entre trabajadores que participan en la elaboración de un producto o en la prestación de un servicio bajo condiciones de trabajo diversas.

[56] Aprobada por Ley 12/2001, de 29 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad; sobre la misma: Monereo Pérez, J.L. y Alvarez Montero, A: "La reforma del art. 42.1 del ET: ¿se ha operado una verdadera reforma de envergadura en virtud de la Ley 12/2001?, Temas Laborales, núm. 61, 2001, pp. 271-328.

[57] Aprobado por Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Sobre la misma: Rodríguez-Piñero Royo, M. y Pérez Guerrero, ML: "Contratas y cesión de trabajadores en la reforma laboral 2006", Temas Laborales, núm. 85, 2006, pp. 103 a 140; Cruz Villalón, J. (Coord.): "La reforma laboral de 2006 (Real decreto Ley 5/2006, de 9 de junio", Lex Nova, 2006.

Por su parte, la regulación del art. 43 ET contiene una valoración negativa sobre determinadas actividades empresariales, considerando fuera del tráfico jurídico alguna de ellas, que únicamente será permitida cuando se realice en determinadas condiciones. El ordenamiento jurídico protege el conjunto de las actividades empresariales, pero niega esta protección a quienes pretenden comerciar con la mano de obra, entendiendo que la fuerza de trabajo no es un bien susceptible de tráfico jurídico, no ha de ser un bien más objeto de comercio en el mercado de bienes y servicios. La preocupación por limitar las posibilidades de eludir la prohibición legal ha impulsado la reciente reforma normativa[58], que apunta directamente a corregir prácticas prohibidas de interposición habitualmente disimuladas mediante la celebración de una contrata o subcontrata de obras y servicios, con empresas inexistentes o creadas a tales fines. Los indicios de fraude introducidos en la nueva redacción del precepto no suponen un cambio cualitativo, pues ya venían siendo utilizados por los Tribunales españoles. A partir de ahora, estos indicios cobran mayor protagonismo pero difícilmente puede esperarse un cambio en las relaciones laborales. Los supuestos más complejos son aquellos en los que la interposición ilícita se realiza por medio de una empresa con actividad propia y dotada de los medios adecuados para el desarrollo la actividad acordada.

Pero más allá de los supuestos de fraude, la general utilización del recurso previsto en el art. 42 ET provoca una importante reducción de las condiciones de trabajo de los trabajadores que toman parte en la ejecución de la actividad empresarial. Desde un punto de vista colectivo, la exclusión del convenio colectivo aplicable a la empresa principal suele determinar la aplicación de un convenio colectivo de inferiores condiciones, desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo. La reducción del ámbito de aplicación del convenio colectivo, la posible transferencia de trabajadores del sector industrial al sector de servicios, un sector de menor tradición sindical, son otras consecuencias que actúan sobre el sistema de relaciones laborales. Por la vía de la reducción del volumen de empleo de los centros de trabajo, se produce también una reducción del número de representantes unitarios de dicho centro de trabajo, lo que puede ser interpretado como una reducción de su poder contractual. Por otra parte, la reducción del número de trabajadores del centro de trabajo incide también negativamente en el número de delegados sindicales en las empresas, circunstancia que debilita notablemente el desarrollo de las representaciones

[58] Rodríguez Ramos, M.J.: "La cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios: dificultades de su delimitación tras las últimas reformas laborales" RGDTSS, núm. 15, 2007; Molero Manglano, C.: "De qué depende que una contrata sea declarada cesión ilegal tras la reforma de 2006?, AL, núm. 21, 2006, pp. 2546 a 2558.

sindicales de empresa. Fragmentado el procedimiento de negociación colectiva, obstaculizado el acceso a medidas de conflicto colectivo, diseminada la representación unitaria de los trabajadores, correspondería al sindicato asumir la labor de unificar los intereses del conjunto de los trabajadores y sus actividades reivindicativas. El proceso de fragmentación de plantillas siembra la semilla de la diferencia y del conflicto en su seno. En no pocas ocasiones, la estrategia empresarial consiste en hacer depender el mantenimiento o mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa principal de la negativa a la mejora e incluso de la reducción de las condiciones de trabajo de las empresas filiales. De alguna manera, los trabajadores de la empresa principal se convierten en rehenes de su propia posición, enfrentados a un falso *desideratum*, si pretenden la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa auxiliar, deben consentir el empeoramiento de las propias condiciones de trabajo.

Ante este panorama un tanto desolador, cabe preguntarse qué protagonismo asume la negociación colectiva en Andalucía. Al contrario de lo que sucede en la regulación legal de la modalidad contractual para obra o servicio determinado, según hemos visto en apartados precedentes, la regulación de la contrata y de la cesión ilegal no realiza reenvío alguno a la negociación colectiva, salvo en materia de representación y crédito horario (art. 43.7 ET). Es claro que los negociadores no son competentes para declarar lícita la cesión prohibida por el art. 43 ET, ni para limitar la responsabilidades del empresario principal por las deudas salariales y de seguridad social del empresario auxiliar. Por otra parte, parece que aún es pronto para estudiar los efectos que la reforma de diciembre del año 2006 ha producido en los convenios colectivos andaluces. A pesar de todo, considero que en materia de subcontratación la negociación colectiva tiene abierto un inmenso espacio de expansión no suficientemente explorado, particularmente a partir de las facultades de información reconocidas en la norma legal. En la práctica, y aunque debe reconocerse la escasa presencia de este tipo de cláusulas en los convenios andaluces, los esfuerzos de las representaciones de los trabajadores han abierto una serie de vías de penetración que afectan a materias diversas. Las cláusulas de extensión de la responsabilidad del empresario principal, amplían a conceptos no previstos en el art. 42.2 ET, particularmente los relativos a seguridad social voluntaria, operación que permite garantizar de una manera más completa las percepciones reales de los trabajadores de las empresas auxiliares[59]. Las cláusulas obligacionales esta-

[59] El art. 18.2 CC de Obras Públicas y Construcción de la Provincia de Granada, BOP de 28 de octubre de 2008, establece: "Asimismo, se extenderá la responsabilidad a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en este convenio, quedando limi-

blecen compromisos de creación de comisiones específicas de estudio de la materia o conciertan reuniones entre las partes en momentos posteriores a la firma del convenio, muestra inequívoca de la preocupación de las partes y de la imposibilidad de cerrar acuerdos en la materia durante el periodo de negociación del convenio[60]. Las cláusulas de empleo estable, que fijan cuantitativamente el volumen mínimo de empleo indefinido en la empresa, de manera indirecta limitan el recurso a la subcontratación computando como empleo de duración determinada el realizado por las empresas subcontratadas, aunque los objetivos de contratación indefinida comprometidos en algunos supuestos resultan escasamente ambiciosos[61]. Las cláusulas prohibitivas, por las que el empresario se compromete a no acudir a la subcontratación salvo en supuestos de fuerza mayor, preceptos de dudosa aplicabilidad a los que ya nos referimos en apartados anteriores[62]. En otros supuestos muy específicos, lo que se prohíbe es el pluriempleo de los trabajadores de la empresa principal en la subcontratista, limitando la libertad de contratar de los trabajadores de la principal; es decir, establecen una especie de pacto de exclusividad parcial referido únicamente a las actividades que la empresa decide subcontratar[63]. Como

tado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este convenio."; en el mismo sentido, vid. art. 24 del C.C. para las industrias de la Construcción y Obras Públicas de la provincia de Huelva, BOP de 16 de junio de 2008.

[60] La disposición transitoria segunda del C.C. para el sector de la Hostelería de la provincia de Granada, BOP de 2 de junio de 2006, establece: "las partes acuerdan reunirse en un plazo no superior a tres meses, desde la firma de este acuerdo, para regular en el convenio la subcontratación de servicios."

[61] El art. 10 del C.C. para el sector de la Hostelería de la provincia de Granada, BOP de 2 de junio de 2006, establece: "A los efectos de conseguir una mayor estabilidad en el empleo, a la fecha del 1/3/2000 se establece para los hoteles de 3, 4, 5 estrellas que los contratos de duración indefinida supondrán un porcentaje de la totalidad de los trabajadores de la empresa en base a la escala siguiente:

Para el primer año de vigencia el 30%, para el segundo año el 33%; para el tercer año 35%.

En los hoteles de temporada no se aplicarán dichos porcentajes durante el periodo sin actividad.

Para calcular este porcentaje se tendrá en cuenta todas las jornadas realizadas durante un año, por todos los trabajadores de ese establecimiento, incluidos los de prestación de servicios y subcontratación, dividido por 360 días naturales, estarán excluidos los trabajadores "extras"; más o menos con el mismo contenido regulador, vid. art. 32 del C.C. del sector de Industrias de Hostelería de la provincia de Huelva, BOP de 23 de julio de 2008.

[62] El art. 17 del C.C. de las industrias del Vidrio de la provincia de Huelva, BOP de 21 de enero de 2008, establece: "Se prohíbe la subcontratación en este sector salvo fuerza mayor, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la Ley". En el mismo sentido, vid. disposición transitoria del C.C. de la empresa Fundovel, BOP de la provincia de Huelva, de 23 de noviembre de 2007.

[63] El art. 14 del C.C. de Atlantic Cooper, S.A., BOP de la provincia de Huelva, de 3 de abril de 2006, establece: "La Empresa se compromete a introducir una cláusula en sus peticiones de oferta a Empresas Contratistas, en la que se exigirá, como condición de obligado cumplimiento,

puede verse, las cláusulas convencionales en materia de subcontratación ni desde el punto de vista cuantitativo ni cualitativo suponen un avance relevante en la materia, lo que pone de manifiesto que, al menos, hasta el presente momento la negociación colectiva, al menos la estatutaria, no supone una vía adecuada para devolver a las normas laborales la eficacia perdida por los procesos de descentralización productiva en Andalucía; si bien, ya he comentado que es pronto para analizar el efecto de la reforma de 2006 en la materia, no estimo aventurado afirmar que los nuevos instrumentos puestos en manos de las representaciones de los trabajadores pueden mejorar la situación, pero difícilmente producirán un cambio radical en materia de subcontratación y cesión ilegal.

3.5. **Grupo de empresas**

La dinámica de las relaciones comerciales durante los últimos decenios, ha ganado en complejidad por la vía de estimular la competitividad de las empresas en mercados cada vez más abiertos, mediante la creación de figuras con relevancia jurídica[64]. Desde el punto de vista de la organización empresarial, los denominados grupos de empresas han desarrollado un notable protagonismo en este periodo, con incidencias en el conjunto de las disciplinas jurídicas. También en esta ocasión, el Derecho ha reaccionado lentamente a remolque de la realidad social, que en esta materia ha desbordado el marco jurídico tradicional, en buena medida limitado a respetar su libre desarrollo, sin que se haya producido hasta la fecha una nítida delimitación y posterior normación de las relaciones en ella surgidas. Los grupos de empresas se caracterizan por su compleja y variada morfología, manifestación de la riqueza de motivaciones que puede impulsar a sus creadores. La necesidad de abrir nuevos mercados o de fortalecer la implantación en los ya conocidos, aunar esfuerzos o experiencias o conocimientos, uniformar producciones para reducir costes, son motivaciones que pueden estar en la base de la voluntad empresarial de constituir un

que no podrán enviar a trabajar a las instalaciones de Atlantic Copper, S. A. a aquéllos que estén en plantilla de esta Empresa (Atlantic Copper, S. A.).

El incumplimiento de esta norma comportará la rescisión de contrato a la Empresa contratista infractora."

[64] Cruz Villalón, J.: "Descentralización productiva, grupos de empresas y transmisión de empresas en el concurso", Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 21, 2005, pp. 207 a 248; Cruz Villalón, J.: "Notas acerca del régimen contractual laboral de los grupos de empresa", Temas Laborales, núm. 38, 1996; Terradillos Ormaetxea, E.: "La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresa: modernas formas de regulación", CES, 2000; Cruz Villalón, J.: "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente" Trotta, 2002

grupo de empresas, aunque de forma simplista puede afirmarse que, como en casi todas las decisiones empresariales, la de constituir un grupo de empresas suele justificarse en el objetivo general de maximizar el beneficio empresarial. La forma grupo encuentra plena legitimidad al amparo del art. 38 CE en nuestro ordenamiento positivo; la constitución de un grupo de empresas forma parte del ejercicio de la libertad de empresa en dicho precepto reconocida. Como complemento de este principio constitucional, han surgido diversas normas mercantiles reguladoras de tal institución, aunque también han sido objeto de regulación por otras disciplinas jurídicas. Las relaciones entre las diversas empresas que forman el grupo son, a su vez, diversas: en unos supuestos las empresas mantienen relaciones de coordinación, mientras que en otros supuestos dichas relaciones se desarrollan bajo un régimen de subordinación, mediante el sometimiento de las sociedades a una dirección única ejercida por la sociedad matriz o dominante con relación a las sociedades filiales.

La incorporación a este estudio sobre los efectos de los procesos de descentralización productiva en la negociación colectiva andaluza de un apartado relativo a la regulación legal de los grupos de empresa podría calificarse de superflua, no en vano, excepción hecha de las normativas sobre empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria[65] e implicación de los trabajadores en la sociedad europea[66], las leyes laborales españolas hasta la fecha han ignorado toda posibilidad de regulación del fenómeno desde la perspectiva laboral. Desde hace años la doctrina viene reclamando, particularmente desde un plano colectivo[67], algún tipo de normativa que ampliase el ámbito de las representaciones unitarias, actualmente vinculadas al centro de trabajo (comité de empresa o delegados de personal) y a la empresa (comité intercentro), mediante la creación de una nueva representación a nivel de grupo de empresa (comité de grupo). La creación de dicho órgano representativo permitiría mejorar la interlocución de los trabajadores con al máximo nivel de decisión en la empresa, permitiendo desarrollar prácticas de negociación colectiva de grupo de empresa, objetivo para el que sería también deseable la modificación del Título III ET, que hasta el presente reconoce la negociación colectiva de centro de trabajo, de empresa o de sector, pero a pesar de reconocer la libertad de los contratantes para elegir la unidad de negociación, ignora la posibilidad de nego-

[65] Ley 10/97, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

[66] Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.

[67] Cruz Villalón, J.: "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente" Trotta, 2002.

ciar convenios colectivos de grupo de empresa. La utilidad de dicha reforma queda puesta de manifiesto por la numerosa jurisprudencia en torno a dicha posibilidad[68], y el creciente número de convenios colectivos que a partir de la consagración de la permisividad por el TS han sido acordados a nivel de grupo de empresa.

Desde la perspectiva individual, en ausencia de normativa específica, la jurisprudencia laboral ha abordado la cuestión adaptando criterios y técnicas tomados de otras ramas del derecho. Aunque inicialmente algún pronunciamiento[69] rechazaba la consideración del grupo como un empleador único por la existencia de personalidad jurídica en cada una de las empresas, podemos considerar más que consolidada la doctrina que defiende el criterio favorable. En concreto, desde hace más de tres décadas[70], y a pesar de que el art. 1.2 ET únicamente alude a personas físicas o jurídicas y a comunidades de bienes, la jurisprudencia viene delimitado las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la constitución de un grupo de empresas, para garantizar la defensa de los intereses del más débil, llegando en este sentido a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa fuerte y económicamente solvente respecto a aquella otra que surge de ella sin patrimonio propio y sin otro propósito que el de eludir el cumplimiento de sus responsabilidades laborales. De esta forma, aunque desde una perspectiva jurídico formal los componentes del grupo gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferentes, en el ámbito laboral pueden actuar como si se tratara de una sola regida por el principio de la responsabilidad solidaria de todas las empresas que conforman el grupo. En definitiva, los criterios jurisprudenciales para derivar de la pertenencia a un grupo deempresas una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, pueden sintetizarse en las siguientes notas: Confusión patrimonial[71]; Funcionamiento integrado o unitario[72]; Prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varios empresarios[73]. Progresivamente, la imposición de responsabilidad solidaria a las empresas que forman parte de un grupo ha ido recubriéndose de nuevos matices, exigiendo la

[68] Por todas, SSTS de 30 de mayo de 1991 (RJ 5233), de 15 de febrero de 1993 (RJ 1165), de 27 de abril d 1995 (RJ 3273), de 30 de octubre de 1995 (RJ 7930).

[69] STCT de 28 de marzo de 1983 (RJ 1595).

[70] STS de 29 de junio de 1989 (RJ 4854).

[71] SSTS de 28 de marzo de 1983 (RJ 1207); de 24 de julio de 1989 (RJ 5908); 30 de enero de 1990 (RJ 233); 8 de junio de 1988 (RJ 5256); 12 de julio de 1988 (RJ 5802) y de 3 de mayo de 1990 (RJ 3946).

[72] SSTS de 6 de mayo de 1981 (RJ 2103); 8 de octubre de 1987 (RJ 6973); 9 de mayo de 1990 (RJ 3983).

[73] SSTS de 11 de diciembre de 1985 (RJ 6094); 3 de marzo de 1987 (RJ 1321).

jurisprudencia, la concurrencia acumulativa de los anteriores indicios y, conforme exige el fraude de ley, siendo cada vez más exigente en la prueba de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de lasempresas, en perjuicio de los derechos de los trabajadores. Hasta el punto que cuando esto no se produce o no puede ser acreditado, el compartimiento del grupo de empresa se considera lícito. Se proyectan sobre esta materia, problemas de prueba similares a los más arriba reseñados en los anteriores apartados. Ahora bien, una cosa es que el fraude de ley deba ser suficientemente acreditado, quedando en caso contrario intactas las personalidades jurídicas de las empresas que forman un grupo, y otra cosa bien distinta es que por esta vía se permita a los grupos de empresa, actividades que quedan prohibidas al resto de las empresas. Nos referidos a los fenómenos decirculación deltrabajador dentro de lasempresas del mismogrupo, para cuya ilicitud la jurisprudencia exige una voluntad de interposición ilícita en el contrato, con el objetivo de ocultar al empresario real. En caso contrario, cuando la circulación de trabajadores obedece a razones técnicas y organizativas de la división del trabajo dentro delgrupo de empresas, dichas prácticas se consideran lícitas, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador[74]. Por tanto, ante la contrata o subcontrata de obras o servicios, las facultades de las empresas que forman parte del grupo no quedan mermadas, pero en ningún caso puede entenderse que queden ampliadas por pertenecer todas a un mismo grupo, deberán por tanto cumplir con el régimen jurídico previsto en el art. 42 ET y, en caso contrario, podrán ser sancionadas por cesión ilegal tal y como establece el art. 43 ET.

En un estudio como el presente, limitado territorialmente a los convenios de ámbito no superior al autonómico, las posibilidades de estudiar convenios colectivos de grandes grupos de empresa, cuyo ámbito territorial suele ser cuando menos nacional, se reducen notablemente, en cualquier caso, procederemos a estudiar los escasos ejemplos andaluces actualmente vigentes[75]. En primer lugar, resulta desilusionante comprobar que muchos convenios que en su denominación hacen referencia a un determinado grupo de empresas, son aplicables a empresas que aun portando dicha denominación social no pueden

[74] STS de 26 de noviembre de 1990 (RJ 8605).

[75] La escasa incidencia del ámbito negocial de grupo en Andalucía ha sido puesto de manifiesto por las Instituciones que se dedican a su estudio, al respecto vid. "Informe sobre la negociación colectiva en Andalucía 2008", CARL, 2009, p. 81; Entre los consultados, vid. C.C. de las empresas Grupo Renta Todo Carpas, S.L. y Grupo Renta Todo Sonido, S.L., BOP de la provincia de Almería de 18 de septiembre de 2003; III C.C. de Las Lomas Comasa, Conalgrasa, La Torre de Benalup, S.A., BOP de Cádiz de 15 de febrero de 2007; C.C. de la empresa Oleícola el Tejar Nuestra Señora de Araceli, SCL y empresas del Grupo Oleotejar SA e Ibérica de Carbones Activos, SA, BOP de Córdoba de 4 de diciembre de 2003.

considerarse grupo de empresas desde el punto de vista jurídico. En otros casos, aunque se trata de grupo de empresas, los convenios colectivos reducen su ámbito de aplicación a un determinado centro de trabajo de alguna de las empresas del grupo. En ambos casos, y a los efectos de este estudio, no pueden ser considerados convenios colectivos de grupo de empresas. Tampoco resultan particularmente interesantes, a los objetivos del presente apartado, los escasos convenio colectivos de grupo de empresas que realmente hacen honor a dicha calificación, pues a pesar de que unifican la negociación colectiva y, por tanto, las condiciones de trabajo de todos los trabajadores que forman parte de las distintas plantillas de las empresas que forman parte del grupo, pero más allá de este aspecto mantienen de una manera clara la separación de las organizaciones y de las plantillas que la forman, sin que se establezcan previsiones que permitan agrupar formalmente a los componentes de la plantilla en materia de contratación, movilidad, representación colectiva o salud laboral, sin perjuicio de que tales prácticas puedan producirse de manera informal[76]. Lo que no ha sido posible es encontrar en convenios colectivos de empresa o centro de trabajo cláusulas que hagan referencia a materias relacionadas con procesos de descentralización productiva dentro de un mismo grupo de empresas, a pesar de que en algunos supuestos las denominaciones de estos convenios sugieren la pertenencia de la empresa afectada a un grupo de empresas.

3.6. **Transmisión de empresa**

La descentralización productiva se produce también mediante la cesión de una actividad productiva determinada que se descuelga del ciclo productivo de la empresa, para pasar a formar parte del ciclo productivo de otra empresa. Esta cesión puede producirse por abandono de la actividad, cuando se cede en su totalidad, aunque en numerosas ocasiones la empresa cedente mantiene el núcleo de su actividad, mientras cede una parte a otras empresas con las que celebra contratos de colaboración. Pues bien, la generalidad de los procesos de transmisión de empresas, de centros de trabajo o de unidades productivas autónomas queda regulada en el cada vez más extenso art. 44 ET, transposición al derecho español de la Directiva 2001/23, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en tales supuestos[77]. Es este su principal objetivo, el que el

[76] Vid. III C.C. de Las Lomas Comasa, Conalgrasa, La Torre de Benalup, S.A., BOP de Cádiz de 15 de febrero de 2007.

[77] Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

proceso de transmisión de la empresa no suponga la reducción de las condiciones de trabajo de los empleados afectados. Este nuevo enfoque rompe con el instrumental jurídico tradicionalmente utilizado para garantizar los derechos de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva, según hemos visto hasta ahora. No se trata de que la legislación laboral no persiga los supuestos de fraude de ley en este terreno, las transmisiones fraudulentas, es decir las que tengan como objetivo principal la reducción de las garantías económicas de los trabajadores afectados, mediante la cesión de una determinada actividad a un empresario insolvente o con menor capacidad económica, son igualmente rechazadas por el ordenamiento jurídico. A tales efectos, el art. 44.3 ET hace responder a ambos empresarios de las deudas contraídas con carácter previo a la cesión durante un periodo de tres años, y de las nacidas con posterioridad cuando la cesión fuese declarada delito. Lo que sucede es que en materia de transmisión de empresa, el legislador laboral ha decidido ser más ambicioso, exigiendo a la empresa cesionaria el mantenimiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la cesión. Estos trabajadores mantendrán dichas condiciones durante un determinado periodo de tiempo, finalizado el cual deben acordar con su nuevo empresario las condiciones de trabajo aplicables, pero esta nueva regulación se iniciará con el suelo firme que constituye la regulación precedente. De esta manera, con una intervención legislativa fuerte, se garantiza que el proceso de descentralización vía transmisión no suponga, al menos de forma automática, la reducción de las condiciones de trabajo.

El supuesto previsto en el art. 44 ET se produce cuando la cesión contractual tiene por objeto una entidad económica susceptible de mantener su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria", situación que debe diferenciarse de la mera transmisión de una serie de elementos patrimoniales que anteriormente sirvieron para la materialización de una actividad empresarial, o de la transmisión de una actividad económica sin sustento material. Es en esta última posibilidad la que ofrece mayores dificultades interpretativas, en la medida en que el desarrollo de determinadas actividades empresariales, intensivas en mano de obra, requieren la utilización de escasos recursos materiales. En tales supuestos, la jurisprudencia comunitaria, con notable resistencia de la jurisprudencia española, entiende que se ha producido el supuesto de hecho previsto en la Directiva sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, cuando en ausencia de elementos patrimoniales la empresa cesionaria procede a la contratación de un número relevante de los trabajadores que anteriormente realizaban la actividad objeto de transmisión[78]. El supuesto cobra especial relevancia cuando la transmisión

[78] Por todas, la vertida sobre el asunto conocido como Hernández Vidal, STJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97.

afecta a actividades productivas externalizadas, en los que el traspaso de empresa puede producirse vía transmisión de contrata. De esta forma, los trabajadores de la empresa auxiliar pueden permanecer realizando la misma actividad, aunque el empresario principal decida contratar con otro empresario auxiliar la realización de dicha actividad, vía subrogación empresarial. Pero el problema no ha sido resuelto en su totalidad, pues si el requisito *sine qua nom* es que el nuevo contratista asuma a los trabajadores empleados por el anterior, basta con que dicho extremo no se verifique para eludir la aplicación de la normativa sobre transmisión de empresa. De alguna forma nos encontramos ante una paradoja, el objetivo de garantizar el mantenimiento de las relaciones laborales se convierte a su vez en el requisito impuesto por la jurisprudencia, de manera que en ausencia de cesión de elementos patrimoniales el empresario cesionario tiene relativamente fácil evitar la aplicación de la norma.

Mucha más eficaz parece ser la intervención de la autonomía colectiva en la consecución del objetivo de mantener los derechos de los trabajadores, y particularmente la continuidad de la relación de trabajo, en los supuestos de sucesión de contratas; por esta vía se ha tratado de solucionar las dificultades de aplicación del art. 44 ET a estos supuestos, por aplicación de los criterios jurisprudenciales más arriba comentados. Donde dicho precepto se convierte inaplicable, los convenios colectivos del sector suelen introducir la obligación del empresario cesionario, es decir del contratista entrante, de subrogarse en los contratos de los trabajadores afectados por el cambio de contratista. De forma general, y salvo que el precepto convencional lo prevea expresamente, la sucesión empresarial que se produce por aplicación de una previsión convencional no determina la aplicación del conjunto de consecuencias previstas en el art. 44 ET, por el contrario, la subrogación empresarial convencional seguirá el régimen jurídico previsto en el propio convenio. Esta circunstancia deja en manos de los negociadores un amplio margen de autonomía, permitiéndoles establecer, más allá de la continuidad de los contratos, distintas estipulaciones en lo referente a la extensión del ámbito de aplicación de la norma convencional y las obligaciones de los empresarios entrante y saliente. A pesar de lo dicho, la mayoría de los convenios consultados establecen regulaciones muy similares. La intensa actividad negocial en la materia, particularmente en el sector servicios, a día de hoy nos permite gozar de una amplia experiencia que ha puesto de manifiesto algunos puntos críticos que conviene comentar. En primer lugar, por aplicación de lo previsto en el art. 82.3 ET, los convenios colectivos que prevén cláusulas de subrogación obligatoria del contratista entrante únicamente obligan a los empresarios afectados por el convenio colectivo[79]. Son los convenios colectivos de sector los

[79] Algún convenio de empresa parece obligar a los subcontratistas que presten servicio para la empresa, lo que, al menos desde el punto de vista técnico jurídico, considero una norma inapli-

llamados a establecer este tipo de previsiones, mientras que en los de nivel inferior únicamente podrán establecer el compromiso del empresario principal de exigir al contratista entrante, como contenido esencial de la oferta, la asunción del personal del saliente. En segundo lugar, la mayoría de las cláusulas de subrogación prevén el cumplimiento de determinadas obligaciones de carácter formal por el empresario saliente, básicamente información de los datos fundamentales de los trabajadores afectados por el cambio de contrata, ante el incumplimiento de las cuales el empresario entrante quedaría liberado de su obligación de subrogación. En estos supuestos, y aunque alguna jurisprudencia limita los efectos negativos para los trabajadores, el fin perseguido por la norma convencional queda frustrado[80]. La mayoría de las cláusulas de subrogación estudiadas garantizan el mantenimiento de las condiciones de trabajo, individuales[81] y colectivas[82], de los trabajadores afectados, con expresa referencia a los convenios o acuerdos vigentes, y al mantenimiento de los derechos de representación de los trabajadores que, formando parte de la representación

---

cable: El art. 40 C.C. del Organismo autónomo local "Patronato de la Residencia de Ancianos San Luís, BOP de la provincia de Granada de 22 de junio de 2007, prevé la subrogación obligatoria de los contratistas entrantes "en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional del presente Convenio", lo que resulta una cierta paradoja por tratarse de un convenio de empresa. Por su parte, el art. 35 del C.C. del sector de las agencias de limpieza de edificios y locales de la provincia de Huelva, BOP de 11 de octubre de 2007, pretende obligar también a los trabajadores autónomos que tomen a su cargo el servicio, y a las empresas que se hagan cargo directamente de la limpieza y contraten nuevo personal a tal fin, en ambos casos sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

[80] El art. 53.2 del C.C. del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla, BOP de 31 de agosto de 2006, establece: "2) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar, fehaciente y documentalmente, por la empresa saliente a la empresa entrante, en el plazo de tres días hábiles a partir del momento de la subrogación mediante la documentación siguiente: …"

[81] El art. 30 del C.C. del Sector de la Limpieza de Edificios y Locales de Centros no Hospitalarios de la provincia de Granada, BOP de 13 de junio de 2005, establece: "Los trabajadores de un contratista de servicios de limpieza que con arreglo a la normativa aplicable quedasen desvinculados laboralmente al vencimiento de una concesión, pasarán a estar adscritos al nuevo titular de la contrata de limpieza, respetando antigüedad categoría y en general las condiciones de trabajo que tuviesen adquiridas".

[82] El art. 53.2 del C.C. del Sector de Ayuda a Domicilio de la provincia de Sevilla, BOP de 31 de agosto de 2006, establece: "En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto miembros del Comité de Empresa, como Delegados de Personal o miembros de la Sección Sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente Convenio y demás legislación vigente.

Los Delegados de Personal o los miembros del Comité de Empresa que hubieran sido elegidos en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla. En el caso de discrepancia, se acudirá a la Comisión Paritaria".

unitaria, se vean afectados por el cambio de contratista. En algunas ocasiones, los preceptos convencionales prevén situaciones de suspensión temporal del servicio de pequeña duración, por decisión de las empresas afectadas; en tales supuestos, y siempre que se produjese la reanudación del servicio, los preceptos convencionales obligan al empresario entrante a subrogarse en los contratos de trabajo de los trabajadores empleados en la realización del mismo por el empresario saliente. A falta de previsiones expresas, debe entenderse que durante el período de suspensión del servicio los trabajadores quedarían en situación legal de desempleo, hasta el momento en que se reanude la actividad. La anterior circunstancia puede suponer una mejora de la regulación legal de la sucesión de empresa prevista en el art. 44 ET, que vincula la subrogación contractual a la vigencia de los contratos de trabajo, aunque en supuestos excepcionales la jurisprudencia viene admitiendo la continuidad de las relaciones laborales con el empresario entrante cuando los períodos de cese de actividad se deben a las actividades habituales de relevo que deben realizarse cuando se produce un cambio de contratista o, en supuestos de fraude, cuando se pretende eludir la aplicación de la normativa legal. Por último, las cláusulas de subrogación suelen excluir de su cobertura a los trabajadores con menor antigüedad, comprometiéndose el empresario entrante a contratar únicamente a los trabajadores de mayor antigüedad, circunstancia que debe ser criticada por constituir una diferencia, en mi opinión no suficientemente justificada, en los derechos de trabajadores atendiendo a la duración de su contrato[83].

El art. 44.4 ET mantiene vivo para los trabajadores afectados por el traspaso de empresa los convenios vigentes en el momento de la cesión, hasta tanto no se acuerde un nuevo convenio en la cesionaria o finalice la vigencia del convenio en cuestión, siempre que tras la cesión no se llegue a un acuerdo diverso. En algunos supuestos, las diferencias salariales entre colectivos de trabajadores originariamente procedentes de empresas diversas obligan a los negociadores a establecer periodos transitorios durante los cuales y de manera progresiva debe procederse a la equiparación salarial, sin que se vean particularmente perjudicados los intereses de ninguno de los colectivos afectados[84].

[83] El art. 85 del C.C. de la empresa Aguas y Servicios de la Costa Tropical de Granada, BOP de 18 de mayo de 2005, establece: "Serán requisitos necesarios para tal sucesión de empresas y subrogación, que los trabajadores del centro que se absorba lleven, al menos, prestando sus servicios en el mismo, doce meses antes de la fecha de resolución o conclusión del contrato que se extingue. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser absorbidos, debiendo permanecer al servicio y en la plantilla de la empresa sustituida".

[84] El art. 30 del C.C. de la empresa Aguas Vega Sierra Elvira, BOP de la provincia de Granada de 27 de marzo de 2007, establece: Producto de la legalidad vigente en materia de subrogación de empresas, existen diferencias salariales significativas entre los trabajadores encua-

En algún caso marginal, el supuesto de hecho descrito en la norma convencional es, desde mi punto de vista, similar al previsto en el art. 44 ET lo que debe interpretarse como una muestra de inseguridad jurídica en la aplicación de las normas que regulan la sucesión de contratas[85].

3.7. **Empresas de Trabajo Temporal**

Como más arriba se ha indicado, la cesión de trabajadores entre empresas es una actividad prohibida de forma general desde las primeras regulaciones de la materia, entendiendo que dichas prácticas de intermediación lucrativa conculcan los derechos fundamentales de los trabajadores. La reforma de 1994 introdujo una excepción a dicha regla general, entonces justificada en la conveniencia de adaptar el ordenamiento laboral español a instituciones ya presentes en la mayoría de los ordenamientos del resto de los Estados miembros, como presupuesto para alcanzar una convergencia real[86]. Pues bien, la LETT permite a los empresarios un mayor margen de decisión, pues la cobertura de necesidades coyunturales de mano de obra puede realizarse mediante la contratación directa de trabajadores mediante contratos de duración determinada, haciendo uso de las modalidades previstas en el art. 15 ET; pero también puede optar por cubrir esta necesidad formalizando un contrato de puesta a disposición con una ETT (art. 6 LETT), por el que ésta asume la obligación de suministrar trabajadores por ella contratados para satisfacer la necesidad temporal de mano de obra de la empresa usuaria.

---

drados en el mismo grupo profesional. Es voluntad de las partes firmantes del presente acuerdo la reducción y equiparación salarial de los mismos, estableciendo mecanismos que produzcan lo anterior en un plazo de tiempo razonable, sin que por ello dejen de garantizarse subidas salariales a aquellos trabajadores que en la actualidad mantienen salarios más altos que los contemplados en el convenio colectivo para su grupo profesional, y respetando las diferencias entre grupos profesionales."

[85] El art. 25 del C.C. del Sector de la Hostelería para Sevilla y provincia, BOP de 24 de agosto de 2006, establece: "En las concesiones administrativas del Estado, caso de no venir recogido en el pliego de condiciones, cuando la concesión lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, los trabajadores de la empresa saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular, que se subrogará en todos los derechos y obligaciones de los mismos".

[86] "no puede olvidarse que el mercado de trabajo español no debe, ni puede, funcionar sin tener en cuenta las reglas de juego existentes en la Unión Europea, porque la lógica de funcionamiento del mercado único europeo, como espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, queda garantizada, sólo nos permitirá converger realmente con Europa en la medida en que, entre otros requisitos, nuestras instituciones sean homologables" Exposición de Motivos de la Ley 14/1994 de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 1 de junio).

En esta ocasión, la garantía de los salarios de los trabajadores afectados por el proceso de descentralización productiva no se limitan al establecimiento de las herramientas tradicionales, solidariedad entre empresarios en supuesto de fraude de ley, aunque también están presentes[87]; por el contrario, los salarios de estos trabajadores son garantizados mediante un estricto sistema de autorizaciones administrativas, para cuya obtención es preciso constituir importantes garantías financieras. Por otra parte, si bien en un principio la irrupción de estas empresas en el mercado de trabajo español provocó importantes efectos sobre las condiciones de trabajo en las empresas usuarias, en la medida en que el trabajador en misión quedaba al margen del ámbito de aplicación del convenio colectivo de la empresa usuaria, la reforma de 1999 permitió corregir de manera eficaz dicha perversión, impidiendo que los empresarios acudieran a esta herramienta con el único objetivo de reducir los costes de personal[88]. El propio legislador toma nota de que los trabajadores contratados para ser cedidos a las empresas usuarias añaden al perjuicio que supone la ausencia de estabilidad laboral, la que se deriva de prestar servicios en distintas empresas por períodos cortos de tiempo, a cambio de salarios que en la mayoría de los supuestos se encuentran muy por debajo de los salarios devengados por los trabajadores de la empresa usuaria que efectúan los mismos trabajos o trabajos de igual valor. Siendo así, el legislador laboral opta por una medida contundente, por una intervención que se aleja en su naturaleza de las medidas que hasta ahora hemos visto, particularmente centradas en la promoción de la coordinación de representaciones laborales o en el incremento de las facultades de información y consulta. En esta ocasión se introduce un nuevo precepto que establece una mandato de igualdad en las condiciones de trabajo, a partir de establecer el término de comparación en las condiciones de que disfrutan los trabajadores de la empresa usuaria que desarrollan las mismas tareas o tareas de igual valor, técnica ya ensayada para los trabajadores sujetos a contratos de

[87] El art. 16.3 LETT establece la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria por los salarios y cotizaciones a la Seguridad Social no satisfechos por la ETT durante la duración del contrato de puesta a disposición, responsabilidad que será solidaria cuando el contrato de puesta a disposición se realice contraviniendo las limitaciones establecidas en el norma legal.

[88] "transcurridos más de tres años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal en nuestro país, éstas han incrementado notablemente su actividad a la vez que los derechos laborales y la protección social de los trabajadores han ido disminuyendo. Según el Consejo Económico y Social, el elevado grado de aceptación de la contratación a través de esta vía, deriva no sólo del hecho de ser un medio más flexible de contratación, sino también de los menores costes salariales que implican la contratación de trabajadores de empresas de trabajo temporal, siendo éste el principal incentivo para su utilización" Exposición de Motivos de la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal (BOE de

trabajo atípicos (tiempo determinado o tiempo parcial). La obligación de paridad de retribuciones es independiente del tipo de fuente que fija las condiciones de trabajo, siendo así igualmente exigible tanto si éstas han sido establecidas por norma legal como si han sido acordadas vía negociación colectiva. Por último, el legislador ha querido delimitar la extensión del concepto retribución, evitando en buena medida la sucesión de los tradicionales litigios de acotación de la garantía normativa; en esta ocasión, la garantía de igualdad se extiende al conjunto de retribuciones, incluyendo las partes proporcionales correspondientes al descanso semanal, las pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones.

Este marco jurídico especialmente garantista ha reducido el interés empresarial por la utilización de este recurso de manera notable. En parte porque se trata de un recurso externalizador que, en las actuales circunstancias, resulta menos utilizado como mecanismo descentralización, pero también porque formalmente los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria sólo excepcionalmente pueden realizar labores de representación para los trabajadores en misión, que de manera general quedan al margen de su ámbito de actuación, las previsiones en la materia no son frecuentes en la negociación colectiva en general, y en la Andaluza en particular. A pesar de lo dicho, pueden encontrarse previsiones convencionales que obligan a la empresa usuaria a garantizar que la empresa de trabajo temporal cumple respecto del trabajador en misión las obligaciones impuestas por la normativa laboral y convencional, aunque debe entenderse que desde un punto de vista formal a la empresa usuaria, en caso de incumplimiento, solo le cabría denunciar el contrato[89]. En algún otro supuesto, el convenio establece una serie de actividades de duración determinada para las que se autoriza el recurso a esta figura, entendiéndose que para el resto de los supuestos autorizados en la norma por remisión al art. 15 del ET, el empresario renuncia a contratar con empresas de trabajo temporal[90]. En otros casos, la labor de vigilar el cumplimiento de la

[89] El art. 17 del C.C. para el sector de la Madera de la provincia de Huelva, BOP de 28 de mayo de 2008, establece: "La empresas afectadas por este Convenio, cuando contraten los servicios de empresas de trabajo temporal, garantizarán que los trabajadores puestos a su disposición tengan los mismos derechos laborales y retributivos que les corresponden a sus trabajadores en aplicación de su correspondiente Convenio Colectivo. Esta obligación constará expresamente en el contrato de puesta a disposición celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria que esté vinculada por el presente Convenio"

[90] La disposición transitoria segunda del C.C. de la empresa Fundovel, BOP de la provincia de Huelva de 23 de noviembre de 2007, establece: "La utilización de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal, tendrá como finalidad atender las acciones que sean imprevisibles o excepcionales, como consecuencia de la actividad puntual. En este supuesto y para adecuar el marco legal vigente a las características de la empresa, se establecen los siguientes acuerdos:

legalidad en la materia y, particularmente, que los puestos de trabajo ocupados por esta vía tienen carácter temporal se encomienda a alguna comisión específica o a la propia comisión paritaria del convenio[91]. La mayoría de las ocasiones, se trata de una actuación defensiva de los derechos de los trabajadores de la empresa que, con el objetivo de mantener el mayor volumen de empleo posible, exigen al empresario que renuncie a esta posibilidad[92]. Nos remitimos a cuanto se ha dicho sobre las cláusulas prohibitivas en apartados precedentes.

Se podrá utilizar trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en los siguientes supuestos:

- Para cubrir bajas por I.T. o accidente.
- Para atender períodos de actividad punta.
- Para cubrir períodos de vacaciones.
- Por razones excepcionales derivadas del mercado de trabajo, comunicándolo al Comité de Empresa."

[91] El art. 6.5.4 C.C. de la empresa Reciclados del Tinto y del Odiel, S.L., BOP de la provincia de Huelva de 11 de agosto de 2005, establece como competencia de la comisión negociadora: "Cuidar que la contratación de personal a través de Empresas de Trabajo Temporal tenga carácter excepcional y por causas justificadas"

[92] El art. 22.5 del C.C. de la Diputación de Granada, BOP de 30 de noviembre de 2006, establece: "Las necesidades de contratación temporal se realizarán de forma sistemática recurriendo a la las bolsas de trabajo internas o externas, y a falta de éstas se realizarán convocatorias específicas conforme a las bases negociadas y en todo caso se excluye la contratación con empresas de trabajo temporal reguladas por la Ley 14/1994 de 1 de junio, modificada por la Ley 29/1999 de 16 de julio"; En el mismo sentido, vid art. 5 del C.C. de la empresa Isolux Corsan Servicios, S.A., BOP de la provincia de Huelva de 4 de diciembre de 2008.

EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO POR LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA: LEY Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

FERNANDO ELORZA GUERRERO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO **Palabras Clave: Políticas de Empleo, trabajadores de edad avanzada**

El presente artículo analiza la legislación actual que fomenta el mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada, así como la negociación colectiva desarrollada en relación con esta materia. En el ámbito legislativo, existe un aproximación tanto a la legislación estatal aplicable en Andalucía como a la propia legislación autonómica, focalizada en el fomento del mantenimiento del empleo por estos trabajadores. En cuanto a la negociación colectiva, se realiza una aproximación a las prácticas negociales en la materia desarrolladas en nuestra CC.AA., mediante el análisis del contenido de cincuenta convenios colectivos, de sector y de empresa, negociados en Andalucía. Se ofrece por tanto una panorámica, tanto desde un punto de vista legal como de la autonomía colectiva, de la forma en que se está abordando en Andalucía un problema que hoy día preocupa a la sociedad, a la Administración y a los agentes sociales: el mantenimiento del empleo por trabajadores de edad avanzada a los que la realidad del mercado y las dinámicas empresariales en muchas ocasiones abocan al desempleo.

ABASTRACT **Key Words: Employment Policy, older workers**

This article analyses current legislation that encourages older workers keeping their employment, as well as collective bargaining carried out to this regard. In the legal sphere, both national legislation applicable in Andalusia and regional legislation are analysed in their approach to the encouragement of older persons keeping employment. With regard to collective bargaining, an approach is made to bargaining practices in our Autonomous Community with regard to this topic, analysing the content of fifty collective agreements reached in Andalusia at sectoral and undertaking level. Hence, a panoramic view is offered on the way that this topic is approached, from both a legal standpoint and from collective autonomy; a topic that is currently a concern to society, the Administration and social partners: older workers keeping employment when market reality and business dynamics often lead them to unemployment.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. APUNTES EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO NORMATIVO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA
   2.1. Una mirada retrospectiva
   2.2. Sobre el marco legal vigente
      2.2.1. La legislación estatal.
      2.2.2. La legislación de la Comunidad Autónoma Andaluza.
3. EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO POR LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA COMO OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA: ESTADO DE SITUACIÓN
   3.1. Consideraciones previas.
   3.2. Aproximación a la realidad negocial en la materia.
      3.2.1. El tratamiento de la jubilación del trabajador
      3.2.2. La problemática del plus de antigüedad
      3.2.3.Las medidas de mejora de la formación y cualificación de los trabajadores
      3.2.4. Las medidas para mejorar las condiciones de trabajo y empleo del trabajador de edad avanzada
4. REFLEXIÓN FINAL
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio pretende una aproximación al tratamiento que en la legislación aplicable en Andalucía y en la negociación colectiva andaluza se da a los denominados "trabajadores de edad avanzada", y en particular al mantenimiento de su empleo.

Lógicamente, la primera cuestión a resolver guarda relación con el propio concepto de trabajador de edad avanzada, respecto del cual no existe un consenso entre los expertos. En ese sentido, hay que advertir desde un principio que, a efectos meramente instrumentales, vamos a emplear el concepto que se viene manejando en los últimos años por las normas que regulan tanto las políticas activas, como las pasivas de empleo, y que cifran en 45 años la edad de los trabajadores con especiales dificultades para encontrar empleo[1], aún sin olvidar que es en el tramo de los 55 a los 64 años donde estadísticamente la tasa de participación laboral es menor, lo que sugiere mayores dificultades para conservar el empleo –las estadísticas más recientes indican que mientras la tasa de participación laboral en el intervalo de 25 a 45 años es de un 82%, la del intervalo de 55 a 45 años es sólo del 44% (García Pérez y Sánchez Martín, 2008, pág. 18-19)–.

[1] Recuérdese a estos efectos, por ejemplo, que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, otorga la consideración de beneficiarios de los incentivos a la contratación indefinida, entre otros, a los trabajadores mayores de cuarenta y cinco años durante toda la vigencia del contrato.

Igualmente, entendemos necesario reseñar, que, por lo que respecta al análisis de la negociación colectiva andaluza, la perspectiva adoptada se centra en el estudio de distintos convenios colectivos de sector o empresas radicadas en Andalucía, negociados conforme al Título III ET, y cuyos textos se han publicado en el Boletín Oficial correspondiente. Descartamos por tanto realizar en este momento consideración alguna en relación a las medidas que pudieran pactarse vía negociación colectiva informal de empresa, ya sea en el contexto de procesos de reorganización productiva (acuerdos colectivos ex art. 41 y 51 ET), ya sea en el ámbito de la negociación colectiva informal ordinaria (acuerdos colectivos sobre materias concretas).

2. APUNTES EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO NORMATIVO LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA

2.1. Una mirada retrospectiva

El tratamiento legislativo de la problemática de los trabajadores de edad avanzada, y más concretamente de sus problemas para mantener el empleo, ha llevado a nuestros legisladores a adoptar distintas medidas legislativas a lo largo de los años (Sánchez-Urán, 2001, pág. 224 y ss.), que pueden agruparse de la siguiente manera:

a) Medidas que han pretendido contrarrestar el abandono prematuro – antes de la edad ordinaria de jubilación (65 años) – del mercado de trabajo por este colectivo penalizando su acceso a prestaciones sustitutivas de su remuneración.
b) Medidas que planteaban compensaciones por la pérdida de empleo de dichos trabajadores. En el caso de España, en este terreno se ha de situar las distintas modificaciones normativas que producidas en los últimos años, en relación con la regulación flexible de la jubilación anticipada, o del régimen de la prestación de desempleo, para posibilitar, por ejemplo en este caso, el que trabajadores de edad avanzada, con evidentes dificultades para acceder a un trabajo, se beneficiaran de un subsidio especial – puente hasta alcanzar la edad para acceder a una pensión de jubilación ordinaria.
c) Medidas que han tratado al trabajador de edad avanzada como destinatario específico de políticas activas de empleo, generalmente mediante la consideración de éstos como un colectivo con especiales dificultades para acceder a un empleo. En unos casos, se ha pretendido

> incentivar el mantenimiento del empleo, en otros, promover su reinserción ante la pérdida del mismo. El objetivo, en definitiva, sería "lograr que las fronteras entre la actividad y la inactividad de estos trabajadores coincida, cuando menos, con la edad de "inactividad pensionada", prevista en los diferentes ordenamientos jurídicos" (Sánchez-Urán, 2001, pág. 227).

Ahora bien la aproximación al tema que nos ocupa no sólo exige tener en cuenta las consideraciones generales realizadas en torno la acción legislativa del Estado. La mejor comprensión del fenómeno que en estos momentos analizamos, así como la función desempeñada por la negociación colectiva, aconseja a su vez el que también tengamos presentes algunas otras circunstancias.

Así, y en primer término, hay que tener en cuenta la evolución producida en la percepción social y jurídica del fenómeno de la jubilación. Como han señalado reconocidos especialistas en la materia (López Gandía, 2008, pág. 5-6), en este caso desde una perspectiva jurídica, la interrelación en los últimos años de las políticas de empleo y Seguridad Social ha deparado una nueva configuración de una institución clásica del Derecho de la Seguridad Social, como es la jubilación, de tal manera que la concepción tradicional de esta institución que giraba en torno a la idea de la retirada total y definitiva, de una manera rígida, del mercado de trabajo, ha dado paso a una concepción mucho más compleja, de "carácter poliédrico" a decir de los que más intensivamente han estudiado esta cuestión (de nuevo López Gandía, 2008, pág. 5), donde podemos observar:

a) La existencia de diversas modalidades de jubilación, alternativas a la ordinaria o clásica (a los 65 años), y que en algunos casos cuentan con una cierta tradición en nuestro ordenamiento: jubilación parcial, jubilación gradual, y jubilación flexible. Figuras todas ellas caracterizadas por posibilitar la compatibilidad, aunque sea parcial, entre jubilación y trabajo, con lo que en principio el trabajador no se retira bruscamente del trabajo, y además puede tener la opción de buscar una situación más ajustada a su expectativas vitales a ciertas alturas de la vida, donde no necesariamente se desea trabajar con tanta intensidad.
b) La configuración de un escenario, impensable hace años, en el que con cierta naturalidad se contraponen figuras como la jubilación forzosa con la voluntaria, la total con la parcial, la originada en la edad a la generada por razones de empleo de lo más variado, la legal con la pactada individual o colectivamente (De laVilla, 1999, pág. 10).

En segundo lugar, vivimos una época de contrastes ciertamente llamativos, donde nociones cada vez más relevantes desde la perspectiva de las políticas

públicas, sobre todo de las políticas comunitarias, como es el caso de la noción comunitaria de "envejecimiento activo"[2], han venido conviviendo con fenómenos como, una atención más intensiva por parte del legislador, y en ocasiones los propios interlocutores sociales, a la promoción del empleo de otros colectivos, como mujeres y jóvenes, en detrimento de los trabajadores maduros; o la asunción como algo normal, e inevitable, del recurso constante, y hasta abusivo en ocasiones, a las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas.

En relación con este último, se ha afirmado que "no parece existir una contradicción entre ambos objetivos (prejubilación y mantenimiento o alargamiento de la vida laboral), sino que se pretende hacer frente a realidades distintas, todas ellas subyacentes en nuestro mercado de trabajo" (Gala Durán, 2004, pág. 1234). Y sin embargo sí hay que decir que, si no contradicción, sí han existido en estos años algunas oscilaciones significativas en el rumbo de las políticas que tenían por destinatarios a los trabajadores de edad avanzada, sobre todo por lo que respecta a su protección social, y fundamentalmente en cuanto a la adopción de medidas que promuevan, con mayor o menor insistencia, su permanencia activa en el mercado de trabajo[3].

Nosotros en estos momentos nos permitimos apuntar dos ejemplos en esa dirección:

[2] Y que han llevado a la UE a desarrollar políticas que implican la puesta en marcha de prácticas tan heterogéneas como: el aprendizaje permanente, la prolongación de la vida activa, la promoción de una jubilación más tardía y progresiva, la potenciación de la jubilación activa, o el fomento de actividades que promuevan las capacidades y el estado de salud de las personas mayores. De tal manera que, desde la propia UE se advierte que este tipo de prácticas "son, por tanto, estrategias que redundan en beneficio de todos los ciudadanos, independientemente de su edad", y que, además, "permiten elevar la calidad de vida media de los ciudadanos y, a nivel social, contribuyen a alcanzar mayores niveles de crecimiento, a aliviar la carga de la dependencia y a reducir considerablemente el coste de las pensiones y la atención sanitaria". (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "La respuesta de Europa al envejecimiento a escala mundial. Promover el progreso económico y social en un mundo en proceso de envejecimiento. Contribución de la Comisión Europea a la segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento", COM (2002) 143 final, pág. 6).

[3] Los llamamientos de la UE son claros en ese sentido: "Con el envejecimiento de la población y la futura reducción del número de trabajadores en edad laboral, los trabajadores de más edad deber ser reconocidos como lo que son: un elemento central de la oferta de mano de obra y un factor clave para el desarrollo sostenible de la Unión Europea. La jubilación anticipada puede parecer un medio útil para que las empresas, los trabajadores y los sindicatos compensen el impacto negativo de las reducciones de plantillas, pero acarrean una pérdida de capital humano prematura y permanente. Por ello, se necesitan medidas políticas para mantener la oferta de mano de obra y garantizar la empleabilidad incluso en períodos en los que el crecimiento general del empleo es lento" (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo", (COM (2004) 146 final).

a) La Ley 35/2002, que en su momento otorgó carta de naturaleza a la jubilación anticipada de trabajadores a partir de los 61 años, asumiéndose como algo inevitable (vid. art. 3). No en vano, los especialistas (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, 2002, pág.. 8-9) apuntaron en ese momento que la ley "no ha regulado, pues la jubilación anticipada como una facultad del trabajador de poder elegir el momento en que deja de trabajar y accede a la pensión de jubilación, sino más bien como un instrumento que permita al empresario prescindir a su iniciativa de los trabajadores de más edad para sustituirlos por otros de menos edad o para suprimir sus puestos de trabajo". Lo que no fue óbice para que en la misma norma se adoptaran medidas tanto para promover el alargamiento de la condición de activo de los trabajadores, más allá de los 65 años (arts. 11 y ss.), como el mantenimiento del empleo de aquellos con 60 o más años, mediante bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social (art. 14).

b) Las vicisitudes sufridas por normativa de jubilación forzosa de la D.A. 10ª ET, en vigor desde los orígenes de esta norma legal (1980), que en el interim de 4 años fue objeto de sucesivas reformas de signo contrario. Como se recordará, en su momento la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, procedió a derogar la citada D.A. 10ª ET, amparándose en que se trataba de una norma que "estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de la actuales"[4]. Sin embargo, poco tiempo después de esta reforma los agentes sociales expresaron su interés en que se produjera una contrarreforma que, tras el correspondiente acuerdo con el Gobierno, dio lugar a la conocida Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y que en la práctica supuso la instauración, una vez más, de la cláusula legal que ampara el establecimiento de edades de jubilación forzosa por la negociación colectiva.

[4] Curiosamente, la Ley 12/2001, de 9 de julio, que convalidaba el citado R.D.-L, suavizó en su Exposición de Motivos la razón de la derogación de la D.A. 10 ª ET expresadas en el Decreto Ley; ni rastro por tanto de la referencia contenida en el R.D.-L. 5/2001, de 5 de mayo, a que las concepciones y realidades se encontraban "claramente desactualizadas".

De repente, casi podría decirse, las razones que justificaron la abolición de la D.A. 10ª ET - y que tenían que ver sobre todo con la desvinculación en muchos casos de las jubilaciones forzosas con hipotéticas políticas de promoción del acceso al empleo de trabajadores más jóvenes, o lo que es lo mismo: se estaba recurriendo a la jubilación forzosa, en muchos casos, como fórmula para reducir personal y costes, y evitar la baja en las empresas de trabajadores más jóvenes, pero sin incorporar a nuevos trabajadores, algo que también cabía apreciar en el caso del recurso a la prejubilación (vid. Serrano García, 2002, pág. 109) – se difuminan en el horizonte. Se establece un nuevo tenor de la D.A.10ª ET - con el que resulta discutible que se dificulten o impidan prácticas del pasado, que afectaban a los trabajadores de edad avanzada, sin apenas contrapartidas para el interés general[5] -, que se presenta, al decir su Exposición de Motivos, como una norma protectora de "las expectativas de los trabajadores para acceder a la jubilación en unas condiciones más adecuadas evitando la interrupción de carreras de cotización de alcance más limitado por razones ajenas a la voluntad del trabajador, lo que resulta más acorde con la situación actual del mercado de trabajo y con la regulación vigente de la jubilación en España".

2.2. **Sobre el marco legal vigente**

En cuanto al marco legal vigente que puede condicionar la negociación colectiva en relación con el tema que nos ocupa conviene en estos momentos realizar los siguientes apuntes diferenciando la legislación estatal de la emanada de la CC.AA. andaluza.

2.2.1. ***La legislación estatal***

Los incentivos a la contratación de trabajadores mayores de 45 años y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para el mantenimiento del empleo se contemplan básicamente en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo – cuyo tenor normativo se inspira en las previsiones del "Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo" de

[5] En la Exposición de Motivos de la Ley 14/2005 se plantea como una suerte de cláusula de seguridad el que la D.A. 10ª ET en adelante exija el que los convenios colectivos expresen – "deberán expresarse", dice la norma – los objetivos de política de empleo que justificarían las jubilaciones forzosas, no pudiendo ser de "carácter genérico e incondicionado". El tiempo dirá si esto es suficiente para que las cosas se hagan de una forma medianamente razonable.

2006, fruto del Diálogo Social.-. En ese sentido, las medidas más destacables a los efectos que nos ocupan son:

a) La bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 100 euros/mes durante toda la vigencia del contrato de los trabajadores mayores de 45 años , siempre que dicho contrato sea a tiempo completo (art 2 d))[6].
b) La bonificación para el mantenimiento del empleo de trabajadores de 60 o más años, con cinco años de antigüedad en la empresa, del 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, pudiendo alcanzar el 100% (art. 4.1). Esta bonificación será compatible con las establecidas con carácter general, si bien, en ningún caso la suma de las bonificaciones podrá superar el 100% de la cuota empresarial (art. 7.1 párrafo 2º).
c) La bonificación para trabajadores de 59 o más años, con contrato de trabajo indefinido, y antigüedad de 4 años o más en la empresa, consistente en el 40% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal. Bonificación cuya duración prevista es de un año, salvo que el trabajador reúna los requisitos correspondientes para acceder a la bonificación citada en el apartado anterior, prevista por el art. 4.1 de la Ley 43/2006 (D.A. 5ª de la Ley 2/2008, de PGE para 2009).
d) Por último, el art 8.1 párrafo 3º establece que, cuando los trabajadores jubilados parcialmente incrementen anualmente la reducción de su jornada de trabajo y salario, conforme a lo establecido en la normativa vigente, no se producirá pérdida de bonificación, aunque lógicamente se percibirán conforme corresponda al nuevo contrato.

Sin embargo, hay que tener en cuenta también que hoy en día el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad avanzada no se comprende sin una adecuada política de formación profesional. Cuestión donde resulta clave la consideración del vigente IV Acuerdo Nacional de Formación, y la subsiguiente legislación generada a partir de los principios contenidos en el mismo, que podemos concretar sobre todo en el R.D. 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo[7], y que

[6] Que se incrementa en 100 euros más al mes si el trabajador además es minusválidos (art. 2.3) – 291,66 euros/ mes si el contrato es temporal de fomento de empleo (art. 2.4) –.

[7] Desarrollado a su vez por la Orden TAS 718/2008, de 7 de marzo.

dedica su art. 24 precisamente a regular los planes de formación dirigidos prioritariamente a los trabajadores ocupados. Los aspectos más destacables de estos planes son:

a) Se prevé el diseño de dos modalidades de planes de formación de dimensión estatal:

   a) Intersectoriales: integrados por acciones formativas dirigidas al aprendizaje de competencias transversales a varios sectores de la actividad económica o de competencias específicas de un sector para el reciclaje y recualificación de trabajadores de otros sectores.
   b) Sectoriales: donde las acciones formativas se dirigen a la formación de trabajadores de un sector productivo concreto, con el fin de desarrollar actuaciones de formación de interés general para dicho sector, así como satisfacer necesidades específicas del mismo, entre las que cabe el desarrollar acciones de reciclaje y recualificación de trabajadores en el caso de sectores en crísis.
   c) La ejecución de los planes pasa por la firma de un convenio con la Servicio Público de Empleo Estatal, por parte de organizaciones y entidades como las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal en el caso de los planes intersectoriales; éstas mismas organizaciones y las más representativas en el sector correspondiente cuando de planes sectoriales se trate.
   d) Aunque no se explicita que los trabajadores mayores de 45 años puedan ser destinatarios preferentes de estos planes de formación, la legislación vigente sí recoge que entre los colectivos prioritarios estarán "al menos" las mujeres, las personas con discapacidad, y – cuestión significativa a los efectos de este análisis, dado que normalmente suelen ser con frecuencia trabajadores de edad avanzada – los "trabajadores de baja cualificación" (art. 6.1 de la Orden TAS 718/2008).

Por otra parte, no podemos tampoco desconocer el impacto, que en la realidad que analizamos, ha tenido la reforma de la Seguridad Social introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social – otro de los frutos del mencionado "Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social" de 2006 -. Fundametalmente, las novedades de la ley por lo que aquí interesa son:

a) Se configura, desde la perspectiva del trabajador que es futuro aspirante a una prestación de jubilación, un marco regulador más exigente

de la prestación de jubilación, apreciable en hechos como: cómputo sólo de los días efectivos de cotización para acreditar el período mínimo de cotización – se excluyen las pagas extras - o establecimiento de los 52 años como edad mínima de acceso a la jubilación anticipada[8].

b) Se introducen medidas que pretenden promover la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación (65 años) – percepción de una cantidad a tanto alzado para quienes tienen derecho a la pensión máxima; reconocimiento de un exiguo porcentaje adicional de la base reguladora de la pensión en los demás casos -, si bien algunos analistas han puesto en cuestión que dichas medidas puedan provocar un cambio de tendencia apreciable en lo que es el acceso a la jubilación, que por término medio se está solicitando antes de los 65 años.

c) Se reforma la institución de la jubilación parcial, planteando unos requisitos más exigentes, con la idea de poner freno al uso ciertamente abusivo que se estaba empezando a detectar de esta figura – la Exposición de Motivos de la Ley se refiere crípticamente a que la reforma pretende "garantizar que esta clase de jubilación se avenga mejor a los objetivos que con ella se pretenden obtener" –, y que conllevaba el abandono prematuro del mercado de trabajo de trabajadores de edad avanzada, con el consiguiente coste para la Seguridad Social. Las novedades en ese sentido fundamentalmente son: i) Acceso a partir de los 61 años; ii) Acreditación de 30 años de cotización; iii) Ajuste en los porcentajes de reducción de la jornada habitual del trabajador que pasa a ser jubilado parcialmente – el objetivo es que en poco tiempo la jornada mínima sea del 25% - de forma que la jornada a desarrollar sea mayor cuantitativamente; iv) Exigencia de que la base de cotización del trabajador relevista no sea inferior al 65 % de aquella por la que venía cotizando el trabajador que se jubila parcialmente.

Por último, la crisis económica que se manifiesta de forma notable a partir de finales de 2008 ha provocado la adopción por el Gobierno español, recien-

[8] Aunque también hay que advertir que, en el caso de jubilaciones anticipadas no voluntarias la Ley 40/2007 atenúa el porcentaje que supone el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión; se mejora con una cantidad a tanto alzado las pensiones de los trabajadores que con 60 o más años fueron despedidos y jubilados anticipadamente antes del 1 de enero de 2002; se califica por ley – frenando con ello ciertas interpretaciones realizadas en sede judicial – como involuntaria la extinción de la relación laboral vía ERE a efectos de la aplicación de las normas sobre jubilación anticipada.

temente, de sucesivas medidas económico – sociales, entre las que merece destacarse en este momento las impulsadas vía R.D-L 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, y particularmente:

a) La bonificación de la cotización empresarial por contingencias comunes, buscando promover las regulaciones de empleo temporales, y el subsiguiente compromiso empresarial de mantenimiento del empleo una vez superada la situación crítica.
b) La modificación del régimen del convenio especial de Seguridad Social a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo, buscando: i) "evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad avanzada vean extinguidos sus contratos" (apartado II párrafo 2º Exposición de Motivos); y ii) la mejora de la protección social de estos trabajadores, al permitir que las cotizaciones de la empresa en los períodos de actividad laboral, vigente el citado convenio, se apliquen a la parte del convenio especial que tiene que sufragar el trabajador a partir de los 61 años, "fomentando la prolongación de la vida activa y desincentivando una salida prematura del mercado de trabajo, con la merma en la pensión de jubilación que ello supone".
c) La mejora de la incentivación de la contratación a tiempo parcial frente al contrato a tiempo completo – fijado en un incremento del 30% (art. 6 del R.D-L 2/2009 –, buscando ampliar la base del trabajo a tiempo parcial, con escasa presencia en nuestra economía si se comparan las cifras con las de otros países de nuestro entorno.

2.2.2. *La legislación de la Comunidad Autónoma Andaluza*

De manera similar a como ha ocurrido con la acción legislativa estatal, donde normas tan importantes para la cuestión que nos ocupa como las citadas Leyes 40/2007 y 43/2006 son consecuencia de procesos de Diálogo Social, en Andalucía la legislación promulgada por la CC.AA. y que incide sobre el mantenimiento del empleo, se encuentra claramente inspirada por los planteamientos contenidos en el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, cuya vigencia finalizó en febrero de 2009.

En este Acuerdo se plantean, entre otras muchas cuestiones, las siguientes:

a) Establecimiento de incentivos al empleo, debiendo considerarse a mujeres y jóvenes como sujetos sobre los que deben incidir especialmente las medidas, con lo que la atención a los trabajadores de edad

avanzada, aunque no se desconoce como veremos más adelante, sí se sitúa en un segundo plano.

El Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido[9], es la norma que da respuesta a este objetivo, debiendo resaltarse los siguientes extremos:

a. Los incentivos previstos tienen un carácter complementario a los establecidos en sede estatal por la Ley 43/2006, y se centran sobre todo en la fomentar la contratación de trabajadores, si bien uno de los colectivos destinatarios de tales medidas son los parados de larga duración mayores de 45 años.
b. De las cinco modalidades de incentivos previstas, sólo una, la del Capítulo IV (art. 8), aborda específicamente la estabilidad en el empleo, mediante el establecimiento en este caso de incentivos a las transformaciones en contrato indefinido, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, de los contratos de trabajadores que presten su servicios en pequeñas y medianas empresas – hasta doscientos cincuenta trabajadores, establece la norma –. Uno de los colectivos destinatarios son precisamente los trabajadores mayores de 45 años, en cualquier sector de actividad (art. 9.1 c) Orden de 21 de julio de 2005). Específicamente, el incentivo consistirá en una cuantía a tanto alzado de 3.000 euros, que se reducirá proporcionalmente en función de la jornada de trabajo fijada, si la transformación es a tiempo parcial, si bien la contratación no podrá ser inferior a 20 horas semanales o su promedio en cómputo anual. Cuando se trate de un trabajador discapacitado, durante toda la vigencia del contrato el trabajador podrá beneficiarse además de bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social del 90 % por cada persona discapacitada mayor de 45 años, 100 % si se trata de mujer en ese tramo de edad discapacitada (arts. 9.3 y 4.3 b) Orden de 21 de julio de 2005), no sufriendo disminución alguna éstas cuando el contrato indefinido se concierte a tiempo parcial. – bonificaciónes a las que hay que sumar los incentivos previstos, bien es verdad que sin diferenciación de edades, en los arts. 20 y 21, en el caso de "empresas ordinarias"[10], y los arts. 23 y 24

[9] Modificado parcialmente por el Decreto 58/2007, de 6 de marzo, y desarrollado por la Orden de 21 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de incentivos a la contratación con carácter indefinido.

[10] El art. 20 contempla, con independencia de la dimensión de la plantilla, que se otorgue a la empresa un incentivo de 3.097 euros por la transformación en indefinido del contrato de traba-

por lo que respecta a los centros especiales de empleo, del R.D. 58/2007[11] –.

No obstante, la normativa exige a las empresas para acceder a estos incentivos que las transformaciones supongan un incremento neto de la plantilla contratada con carácter indefinido respecto del mes natural anterior a la formalización de las mismas, pues otra cosa supondría ciertamente una burla a la pretensión de apoyar el mantenimiento del empleo existente, y que al menos el 50% de dicha plantilla esté contratada indefinidamente o alcance este porcentaje a partir de las nuevas contrataciones para las que se solicitan los incentivos.

c. En relación con la modalidad de incentivos mencionada en el apartado anterior, hay que destacar el papel que a la negociación colectiva otorga la norma autonómica. De tal forma que el art. 10 de la cita Orden establece que para poder acceder a las ayudas señaladas, al formalizarse las transformaciones es requisito imprescindible que "el convenio colectivo que resulte de aplicación contemple la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos".

b) Configuración de un Sistema de Formación Profesional que responda a criterios de calidad y excelencia, en la línea de establecer una oferta permanente de aprendizaje a lo largo de toda la vida, así como que fomente el reconocimiento y acreditación de las cualificaciones profesionales de los trabajadores.

---

jadores discapacitados, con una minusvalía igual o superior al 33%, siendo los supuestos los siguientes: a) contrato de duración determinada transformado en indefinido a tiempo completo; b) contrato de duración determinada transformado en indefinido a tiempo parcial , si bien en este caso el incentivo consistirá en la parte proporcional de la cantidad indicada anteriormente; c) contrato de duración determinada transformado en fijo discontinuo. A su vez, el art. 21 prevé incentivos a la adaptación del puesto de trabajo en el caso de que se formalicen contratos indefinidos con personas discapacitadas, que tendrán una cuantía máxima de 901,52 euros por cada contratación indefinida formalizada.

[11] Así, el art. 23 prevé otorgar, con carácter general, incentivos de hasta 12.021 euros a las transformaciones de contrato de duración determinada en indefinidos que se realicen en centros especiales de empleo, y beneficien a trabajadores con discapacidad. Igualmente, contempla incentivar el mantenimiento de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en los centros especiales de empleo, ya sean los contratos de trabajo a tiempo completo o parcial, indefinidos o de duración determinada. En este último caso el incentivo podrá alcanzar una cuantía "equivalente hasta el 50% del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de presentación de su solicitud". A este incentivo se suma el previsto para la adaptación de puestos de trabajo – hasta 1840 euros – y la eliminación de barreras arquitectónicas – hasta un máximo del 80% del coste de la inversión – (art. 24).

Al respecto, la norma de referencia lo constituye la Orden de 4 de agosto de 2008, por la que se aprueba la convocatoria de subvenciones públicas para la formación de oferta dirigida prioritariamente a trabajadores ocupados dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía - y que entronca con la legislación estatal al respecto configurada, como ya hemos señalado, por el R.D. 395/2007 y la Orden TAS 718/2008 -, debiendo destacarse en estos momentos los siguientes aspectos:

a. No se establece un tratamiento preferente para los trabajadores mayores de 45 años, si bien sí exige que al menos el 60% de los destinatarios de los planes de formación sean trabajadores ocupados.
b. Las subvenciones previstas[12], que correrán a cargo de los Presupuestos de la CC.AA., se contemplan para desarrollar convenios[13] de ejecución de planes de formación bajo modalidades que recuerdan lógicamente a la legislación estatal en la materia:

    i) Planes de formación intersectoriales, que buscan la formación de trabajadores en competencias transversales y horizontales a varios sectores de la actividad económica.
    ii) Planes de formación de ámbito sectorial dirigidos a los sectores productivos que se detallan en el Anexo V de la norma autonómica.
    iii) Planes de formación que cubran necesidades de trabajadores y socios trabajadores de empresas de la economía social.

c) El perfeccionamiento y desarrollo de contenidos de la negociación colectiva buscando impulsar, entre otros aspectos, las posibilidades que ofrece el marco legal vigente en relación con lo que es la potenciación del empleo y su calidad y la igualdad de tratamiento entre colectivos desfavorecidos.

A los efectos que aquí interesan, hemos de recordar las recomendaciones que desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, bien su Pleno, bien su Comisión de Empleo, han transmitido a los agentes sociales para que se tengan en cuenta en la negociación colectiva de nuestra CC.AA, y que tienen que ver sobre todo con:

[12] Cuyo coste previsto por participante y hora de formación oscila entre los 5,5 y los 13 euros (Anexo II de la Orden).

[13] A suscribir por la Administración autonómica fundamentalmente con las organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz de carácter intersectorial y sectorial y las confederaciones y federaciones de cooperativas o sociedades laborales con notable implantación en nuestra Comunidad Autónoma (art. 4 de la Orden).

a. La introducción en cualquier ámbito negocial cláusulas de previsión de transformación de contratos temporales a indefinidos[14].
b. El impulso de cláusulas de fomento del empleo estable, ya sea en general o respecto de las distintas modalidades contractuales, así como "valorar la idoneidad de los contratos a tiempo parcial indefinido y fijo-discontinuo como alternativa a la contratación temporal".
c. La inserción del cláusulas sobre los "contratos de anticipación de la edad de jubilación y relevo" – proponiéndose desde el CARL[15] algunos ejemplos de cláusulas tipo –[16].

[14] *Recomendaciones para la negociación colectiva en materia de incentivos autonómicos a la contratación indefinida y sumisión al SERCLA de los conflictos colectivos y de determinados conflictos individuales*, Pleno del CARL, 16 de diciembre de 2005, pág. 2. Cláusula tipo: [Previsión de transformación de contratos temporales a efectos de cumplimientos de los requisitos establecidos para la solicitud de incentivos autonómicos a la contratación indefinida. "Los contratos temporales o de duración determinada que se transformen en indefinidos, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, podrán acogerse a las ayudas previstas en al Capítulo III de la Orden de 21 de julio de 2005 (BOJA n. 146 de 28 de julio) que desarrolla lo establecido en el Capítulo IV del Decreto 149/2005 de 14 de junio (BOJA n. 122 de 24 de junio)"].

[15] *Recomendaciones de la Comisión de Empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el Marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007*.

[16] En relación con el contrato de relevo se recuerda la cláusula del Convenio colectivo de trabajo de ámbito sectorial para las Clínicas privadas de la provincia de Jaén (2005 – 2007) (art. 15): "Como medida de fomento de empleo, se conviene que el personal con 64 años de edad que deseen acogerse a la jubilación anticipada conn el 100 por 100 de la prestación, siempre que reúnan los requisitos de carencia de cotización correspondientes, podrán hacerlo, estando en este caso la empresa obligada a sustituirlo en la forma y condiciones que vienen reguladas por el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, en sus artículos 1 y 2 y demás normativa vigente".

En cuanto al contrato por anticipación de la edad de jubilación, resulta adecuada la cláusula del art. 9 H. del Convenio colectivo para el Sector de Hostelería de la provincia de Granada (2006 – 2008): "a) Contratación: las empresas vendrán obligadas a contratar aquellos trabajadores que estén inscritos en las oficinas del INEM, mediante el contrato que establece el Real Decreto Ley 1194/85, de 17 de julio, por el cual el personal que cause baja a los 64 años será sustituido por otra persona con cualquier tipo de contrato de un año como mínimo. b) Las empresas están obligadas a acceder a la petición de jubilación anticipada si el trabajador así lo solicita a la misma".

Respecto a la jubilación parcial y las medidas de fomento de empleo, la cláusula tipo que se recomienda es la del art. 46 del Convenio colectivo provincial del Sector del Metal de Córdoba (2004 – 2007): "1. Con el fin de posibilitar la puesta en práctica de la modalidad especial de jubilación parcial a los 60 años, establecida por el Real Decreto 144/1999, la parte empresarial se obliga a facilitar el cumplimiento de lo establecido en dicho Real Decreto, dando cuenta trimestralmente del desarrollo de su aplicación a la Comisión Paritaria. 2. Las partes acuerdan recomendar a las empresas y trabajadores/as afectados/as por el presente Convenio que los trabajadores/as puedan jubilarse a la edad de 64 años, como medida de fomento de empleo, sin aplicación de coeficiente reductor, y con los beneficios que tendrían de haber cumplido los 65 años. Las empresas se obligan a la sustitución simultánea por un trabajador/a inscrito en la Oficina de Empleo como tal, de acuerdo con lo regulado en el Real Decreto 1131/2002". No obstante, también se señala como recomendable la cláusula del art. 42 del Convenio colectivo de trabajo,

3. EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO POR LOS TRABAJADORES DE EDAD AVANZADA COMO OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA: ESTADO DE SITUACIÓN

3.1. Consideraciones previas

En el epígrafe anterior hemos desgranado los que, a nuestro juicio, son los hitos fundamentales de la acción legislativa, tanto estatal como autonómica, en relación con el mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada. Toca en ese sentido en estos momentos avanzar en el conocimiento de lo que se está haciendo al respecto en sede de la autonomía colectiva.

Y en ese sentido, hay que comenzar haciendo dos consideraciones previas, una referente al tratamiento de la cuestión por el último Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (en adelante AINC) – en cuanto pauta a considerar en la negociación de los convenios colectivos en nuestra CC.AA. -, el otro en cuanto al universo negocial estudiado en este caso:

a) En cuanto al AINC, hay que advertir que el ya periclitado Acuerdo de 2008 no abordaba directamente la cuestión, aunque el de 2007, prorrogado en su efectividad por el Acuerdo de 2008 sí lo hacía, habiendo de destacarse en estos momentos los siguientes extremos:

    a. Se establece como uno de los criterios generales a tener en cuenta en la negociación de los convenios colectivos "el mantenimiento del empleo y la promoción del mismo, especialmente entre quienes tiene mayor riesgo de desempleo", lo que, como hemos comentado ya, frecuentemente identifica a los trabajadores mayores de 45 años.
    b. Se hace un llamamiento a los negociadores para que se plateen "la utilización de las posibilidades que para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas presentan la jubilación

---

de ámbito sectorial, para Transportes Discreccionales de Mercancías de la provincia de Jáen (2006 – 2007): "Cuando un trabajador reúna las condiciones exigidas para causar derecho de pensión de jubilación con arreglo a las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, a excepción de la edad, que habrá de ser inferior a tres años como máximo a la ordinaria de la jubilación del mencionado régimen, se podrá acordar con el empresario una reducción de la jornada de trabajo y del salario, que permita la legislación vigente, pasando a tener su contrato de trabajo la consideración de a tiempo parcial, pasando entonces el trabajador a la situación de jubilación parcial prevista en el artículo 12.5 del E.T. y en el capítulo II del R.D. 1991/84, de 31 de octubre. El empresario concertará entonces un contrato de relevo con un trabajador desempleado, en la forma prevista en el capítulo II del citado Real Decreto".

parcial y el contrato de relevo", al tiempo la inserción, en su caso, de cláusulas de jubilación forzosa en el sentido de la Ley 14/2005.

c. Se recuerdan algunas de las orientaciones contenidas en la Declaración suscrita en el ámbito europeo por los interlocutores sociales el 16 de octubre de 2003, en relación con los procesos de reestructuración empresarial, de las que nosotros vamos a destacar en este momento la que se refiere el hecho de que el "desarrollo de la empleabilidad favorece la movilidad interna y externa y asegura el éxito de la reestructuración".

d. Se resalta, asimismo, que la negociación colectiva, en el nivel que corresponda, "contribuirá a alcanzar los objetivos de formación, mediante la definición de criterios y prioridades", en relación con cuestiones como: las necesidades de formación y los colectivos prioritarios; las acciones formativas a desarrollar respecto a colectivos que tienen mayor riesgo de perder el empleo y los de menor nivel de cualificación; la orientación a los trabajadores y el desarrollo de itinerarios de formación coherentes con las necesidades de empresas y trabajadores; la mejora de la calidad de las acciones formativas, etc.

e. Y por último, y no menos importante, las organizaciones firmantes del AINC 2007 se muestran convencidas, y así lo recogen expresamente, de que una de las materias adecuadas para su tratamiento por la negociación colectiva – en lo que se puede considerar una llamada de atención preferente -, es aquélla que tiene que ver con "evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en el acceso y mantenimiento del empleo". Cuestión por cierto nada fácil a la vista además de la constitucionalidad de la previsión legislativa que posibilita el establecimiento de edades de jubilación forzosa en sede de la negociación colectiva.

b) Por lo que respecta al estudio de campo realizado, lógicamente la extensión del presente análisis aconsejaba realizar una mera aproximación a los convenios negociados en Andalucía. Para ello se han estudiado 50 convenios colectivos – 27 convenios de sector[17] y 23 de empresa -, utilizándose para ello los textos publicados en la página web del CARL[18].

[17] De sectores tan diversos como el agrícola, la construcción, la educación, las finanzas, la hostelería, la sanidad, y el transporte.

[18] http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/textosConvenios/presentacion.asp

3.2. **Aproximación a la realidad negocial en la materia**

Pues, bien realizadas estas consideraciones, queda por tanto establecer cuáles son las conclusiones principales que se pueden extraer de los convenios colectivos que se ha tenido oportunidad de consultar. En ese sentido, adelantamos ya como conclusión global que se puede afirmar que, pese a las indicaciones contenidas en el AINC 2007, los convenios colectivos en nuestra CC.AA. registran una mayor preocupación por ordenar los procesos de jubilación de los trabajadores de edad avanzada[19] que por establecer medidas o previsiones convencionales que contribuyan al mantenimiento del empleo por parte de dichos trabajadores[20]. No en vano, en más de una ocasión se suele vincular la viabilidad económica de la empresa, a través de una adecuada organización de la plantilla, al estudio de medidas que pasan sobre todo por la adopción de jubilaciones anticipadas[21]. Más detalladamente, estimamos oportuno realizar cuatro consideraciones de distinto orden.

3.2.1. ***El tratamiento de la jubilación del trabajador***

Resulta frecuente la inclusión de cláusulas reguladoras de esta institución jurídica, como hemos comentado, si bien se suelen establecer tratamientos diferenciados, aunque no en todos los casos, de la jubilación forzosa, la anticipada y la parcial. A estos efectos, destacamos a continuación los aspectos más relevantes de la negociación colectiva analizada.

a) La jubilación forzosa del trabajador a los 65 años:

– Con bastante frecuencia se observa una remisión a la normativa específica en la materia – lo que también suele ser habitual cuando se aborda la jubi-

[19] Por ejemplo como técnica de "fomento de empleo" se trata la "anticipación de la edad de jubilación a los 64 años" en el CC de la empresa Fundovel S.A. (BOP Huelva 23/11/2007) (D.A. 3ª).

[20] Aunque también hay convenios que simplemente no abordan la cuestión desde ninguna perspectiva: CC de viticultura para la provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/08/2006); CC de trabajo de ámbito sectorial para la actividad de recolección del espárrago de la provincia de Jaén (BOP Jaén 18/05/2004); CC de trabajo para el sector de oficinas y despachos de la provincia de Granada (BOP Granada 4/11/2008). El contrapunto los suponen los convenios que reflejan en su texto los incentivos y bonificaciones que corresponden por ley, por ejemplo, al contrato de un trabajador o trabajadora mayor de 45 años minusválido (CC de trabajo de ámbito sectorial para la hostelería de la provincia de Jaén (BOP Jaén 24/08/2005) (art. 28)).

[21] CC de la empresa La Almoraima (BOP Cádiz 28/09/2007) (D.F. 1ª), donde se prevé la constitución de una comisión paritaria de estudio de posibles medidas en ese sentido.

lación anticipada o la jubilación parcial[22] –, aunque a veces se salva la obligatoriedad de la extinción del vínculo laboral permitiendo "pacto individual en contrario"[23], si bien en otros casos el planteamiento adoptado es indistinto pues el empleado "podrá optar por la jubilación o ser esta decidida por la empresa"[24].

– Suelen invocarse objetivos como la "mejora en la estabilidad en el empleo" y la "mejora de la calidad del empleo" como elementos justificativos del abandono forzado del mercado de trabajo por los trabajadores de edad avanzada, aunque en algún caso cueste comprender el sentido[25], cuando no se recurre a "la política de fomento del empleo y por necesidades del mercado de trabajo en el sector y en la provincia" – esto último en el caso de un convenio colectivo de empresa [26]–. Otras veces la motivación alegada tiene que ver con

[22] CC provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de la provincia de Almería (BOP Almería 24/07/2008) (art. 69); CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz (BOP Cádiz 2/10/2008) (art. 60); CC para el sector de la construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009) (art. 49); CC del sector del comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte; comercio de joyerías, platerías e importadores y comerciantes de relojes; comercio de almacenistas y detallistas de ferreterías; armería y artículos de deporte; comercio de bazares, objetos típicos de Sevilla, plásticos al detall, bisuterías, molduras, cuadros y vidrio y cerámica; comercio de textil, quincalla y mercerías; comercio de materiales de construcción y saneamientos; comercio de la piel y manufacturas varias de Sevilla y provincia (BOP Sevilla 8/04/2008) (art. 49); CC provincial del "Sector de la Hostelería" de Córdoba (BOP Córdoba 21/11/2008) (art. 51); CC de hostelería para la provincia de Málaga (BOP Málaga 28/06/2006) (art. 47); CC oficina provincial Cruz Roja Española de Cádiz (BOP Cádiz 6/06/2008) (art. 25); CC Clínica Inmaculada Concepción, S.A. (BOP Granada 9/01/2009) (art. 8).

[23] CC provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de la provincia de Almería (BOP Almería 24/07/2008) (art. 69); CC para el sector de la construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009) (art. 82); CC de la empresa Proazinut S.L. (BOP Sevilla 22 de febrero de 2005) (art. 36); CC del sector de transporte interurbano de viajeros por carretera de la provincia de Granada (BOP Granada 19/09/2007) (art. 21).

[24] CC Clínica Inmaculada Concepción, S.A. (BOP Granada 9/01/2009) (art. 8).

[25] Por ejemplo, el CC provincial de trabajo del sector construcción y obras públicas de la provincia de Almería (BOP Almería 24/07/2008) (art. 69), recurre a estos dos argumentos: en el primer caso pone como prueba de la preocupación del sector la regulación en convenio del "contrato fijo de obra del sector de la construcción", así como la prolongación, también acordada colectivamente, del plazo máximo de duración de los contratos eventuales, cuestiones cuyo conexión con el tema que nos ocupa es discutible, sobre todo cuando desde distintos ámbitos se cuestiona, por ejemplo, el que el contrato fijo de obra sea un elemento de estabilización del empleo en el sector de la construcción (Aragón Gómez, 2008, p. 21 y ss); en el segundo caso no se termina de ver claro cómo se vincula la jubilación obligatoria con el objetivo de mejora de la calidad en el empleo cuando el mismo se materializa en aspectos como las medidas incorporadas al convenio "en materia de prevención de riesgos laborales" o el "programa de acreditación sectorial de la formación". En el mismo sentido, CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz (BOP Cádiz 2/10/2008) (art. 60).

[26] CC de la empresa Proazimut S.L. (BOP Sevilla de 22 de febrero de 2005) (art. 36).

la facilitación del acceso al mercado de trabajo "a colectivos con mayores dificultades, como jóvenes, parados de larga duración, etc", cuando no la "mejora de la productividad y competitividad de las empresas"[27]. Curioso es asimismo, en ese sentido, que en algún convenio aunque se ordena la jubilación forzosa de los trabajadores a los 65 años, y se vincula esta medida genéricamente al "marco de la política de empleo expresada en el presente convenio, abordándose entre sus objetivos la promoción de su estabilidad, el fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales o el fomento de los contratos formativos", el compromiso de contratar a otro "trabajador perceptor de prestación por desempleo o joven demandante primera ocupación" se explicita respecto de la jubilación anticipada a los 64 años, pero no en relación con la mencionada jubilación forzosa[28].

– No obstante, en ocasiones nos encontramos con cláusulas convencionales bastante desarrolladas, como aquella que establece que la jubilación forzosa sólo podrá producirse a los 65 años si se cumplen toda una serie de condiciones: "1. Que el trabajador tenga 30 años cotizados o más a la Seguridad Social. 2. Que la empresa cumpla con los mínimos de plantilla fija establecidos en el artículo 43 de este convenio. 3. Que las vacantes necesariamente se cubran por el orden de prioridades establecidas en el artículo 44 de convenio. 4. Que la empresa cumpla con la conversión de eventuales a fijos discontinuos, establecida en el artículo 45 de este convenio"[29].

– Además del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria, y demás requisitos fijados por la legislación de Seguridad Social, se suele requerir que el trabajador haya cubierto el período mínimo de carencia para acceder a la prestación de jubilación, produciéndose en uno casos la misma en el momento en que este requisito se cumpla de no estarse en posesión del mismo alcanzada la citada edad ordinaria de jubilación[30], si bien también en algunos conenios la jubilación forzosa se torna opcional cuando los trabajadores "aún cumpliendo los requisitos mínimos para jubilarse, no alcancen el 100% de sus respectivas bases reguladoras, por no tener el número de años de cotización exigidos"[31], o

[27] CC de trabajo, de ámbito sectorial, para la construcción y obras públicas de la Provincia de Jáen (BOP Jaén 6/09/2008) (art. 47).

[28] CC provincial de trabajo del sector aparcamientos, garajes y servicios de lavado y engrase de Almería (BOP Almería 12/05/2008) (art. 65).

[29] CC del sector de hostelería para la provincia de Málaga (BOP Málaga 28/07/2006) (art. 51).

[30] CC de la empresa La Almoraima (BOP Cádiz 28/09/2007) (art. 29); CC de la empresa Fundovel S.A. (BOP Huelva (23/11/2007) (art. 30).

[31] CC de trabajo, de ámbito sectorial, para la construcción y obras públicas de la Provincia de Jáen (BOP Jaén 6/09/2008) (art. 47). El CC de los trabajadores portuarios del Puerto de Motril (BOP Granada 29/01/2008) (art. 52) prevé la jubilación forzosa a los 65 años sólo "cuando el

se da la posibilidad, por razones del servicio y de interés personal, de poder solicitar individualmente el interesado el retraso de la jubilación mencionada hasta la finalización de la prestación profesional que se desempeña – en el caso del personal docente e investigador de las Universidades la "finalización de curso académico que corresponde"[32] –.

– Precisamente, la jubilación obligatoria del persona docente e investigador no funcionario en las Universidades registra un retraso en cuanto a la fecha de su efectividad (70 años), consecuencia de que el convenio colectivo del personal docente e investigador establece la obligatoriedad de la jubilación "en la misma edad que la prevista para los funcionarios de cuerpos docentes universitarios"[33], que en los últimos años vienen jubilándose forzosamente a los 70. Es en ese sentido el ámbito universitario – recordemos un de ámbito de I+D -, uno de los pocos espacios donde hemos podido apreciar que la experiencia y particular cualificación de algunos profesionales, concretamente de los profesores que alcanzan la condición de eméritos, salva la jubilación forzosa a los 70 años de los mismos, pudiendo desempeñar una cierta actividad profesional durante tres años más. Aunque también hay que advertir – los contrastes en esta materia son continuos – que el mismo convenio colectivo prevé el que la comisión paritaria, salvo en el caso de los mencionados profesores eméritos, establezca en un futuro las condiciones en que se adoptarán "medidas para facilitar el acceso del personal docente e investigador objeto de este convenio a la jubilación anticipada"[34], materia en la que las distintas Universidades andaluzas con el paso del tiempo han procedido a establecer acuerdos al respecto.

– También hemos apreciado convenios en los que la jubilación a los 65 años es voluntaria, de forma que si el trabajador lo solicita tendrá derecho a percibir algunas mensualidades de salario por tal motivo, compensación económica que lógicamente irá decreciendo conforme el trabajador se acerque a esa

trabajador hubiese completado los periodos de carencia necesarios para percibir el 100% de la base reguladora de la pensión de jubilación". Otro planteamiento es el del CC provincial de trabajo del sector transporte de mercancías por carretera para Almería y su provincia (BOP Almería 10/01/2008) (art. 57) que establece la jubilación forzosa, salvo pacto entre la empresa y cada uno de los trabajadores, "siempre que tengan cubierto el periodo de carencia necesario para tener derecho a pensión de la Seguridad Social no inferior al 75 por 100 de su base reguladora de l prestación", y en caso contrario cuando se alcance.

[32] CC del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9/0/2008) (art. 49).

[33] CC del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9/0/2008) (art. 49).

[34] CC del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9/0/2008) (art. 50).

edad[35], si bien en ocasiones las exigencias de antigüedad en la empresa son bastante elevadas – 20 años en el caso concreto [36]–. La posibilidad de esta "ayuda" a la jubilación se ha previsto también para el caso de que la misma se solicite más allá de los 65 años – lógicamente es un compromiso vinculado a la vigencia del convenio colectivo que lo establece –[37].

– Por último, a veces no se ordena la jubilación forzosa del trabajador, pero sí la pérdida de ciertos beneficios, como por ejemplo el seguro de vida e invalidez contratado por la empresa[38], cuando se alcanzan los 65 años.

b) La jubilación anticipada:

– Suele ser frecuente el establecimiento de "ayudas" o "premios" a la jubilación anticipada según escala preestablecida y consistente en mensualidades de salario, cantidades a tanto alzado[39], incluso salario-día[40], que van disminuyendo conforme se aproximan a los 64 años[41] –, para los trabajadores que con cierta antigüedad – entre 5, 10 ó 15 años, según convenio – en la empresa decidan voluntariamente jubilarse en el tramo entre los 60 y 64 años, pudiendo ésta fraccionar el pago en algunos casos[42]; en otros exigir una cierta antigüedad[43]. En ocasiones estas "ayudas" o "premios" se presentan como una suerte de indemnización "para premiar la fidelidad"[44] o "la permanencia y

[35] CC del Hotel PuertoBahía de la empresa Hoteles Arrendados S.L. (BOP Cádiz 9/06 /2008) (art. 19) donde el premio de jubilación se prevé para la jubilación solicitada entre los 63 y los 65 años en unos importes entre las 4 y las dos mensualidades en sentido decreciente.

[36] CC del Hotel PuertoBahía de la empresa Hoteles Arrendados S.L. (BOP Cádiz 9/06 /2008) (art. 19); CC de trabajo, de ámbito sectorial para la hostelería de la provincia de Jaén (BOP Jaén 24/08/2005) (art. 49).

[37] CC de la empresa Arlesa Semillas S.A. (BOP Sevilla 13/11/2006) (art. 30).

[38] CC de la empresa Arlesa Semillas S.A. (BOP Sevilla 13/11/2006) (art. 13).

[39] CC de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Granada (BOP Granada 24/09/2008) (art. 28).

[40] CC del centro Hospital de Cruz Roja Española en Córdoba (BOP Córdoba 28/04/2005) (art. 36).

[41] Una peculiariedad del CC de la empresa del sector del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante el control horario y cumplimiento de las Ordenanzas de Aparcamiento en la Comunidad Autónoma (BOJA 26/09/2008) (art. 58) es que la jubilación anticipada del trabajador (60 a 64 años) acarrea, siempre que se tengan 10 años de antigüedad en la empresa, el derecho a solicitar el "premio de vacaciones" retribuidas (de 6 meses a 2 meses, de menor edad a mayor edad), obligándose además la empresa a entregar al trabajador "un certificado acreditativo de su disfrute [sic], en el que constará el número de meses a que tiene derecho".

[42] CC provincial de trabajo en el campo de Almería (BOP Almería 17/09/2007) (art. 43).

[43] CC para el sector de la hostelería de la provincia de Granada (BOP Granada 2/06/2006) (art. 39).

[44] CC del sector del comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte; comercio de joyerías, platerías e importadores y comerciantes de relojes; comercio de almacenistas y detallistas de

vinculación a la empresa"[45], muchas veces incluso con independencia de la situación de jubilación en la que se encuentre el trabajador – premio para "el personal que se jubile "[46]–.

– Igualmente, es habitual que la jubilación anticipada sólo se contemple a los 64 años[47], y que la empresa se obligue a sustituir al trabajador que se jubila por otro en las condiciones previstas en la legislación al efecto[48]. De la misma manera que a veces se pacta la obligación de las empresas de aceptar en todo caso la solicitud del trabajador en tal sentido[49], y se recomienda a la empresa y al trabajador individualmente considerado que "negocien algún sistema de jubilación anticipada compensada" [50]. En ocasiones, lo que hay es un reconocimiento del derecho a jubilarse anticipadamente a los 64 años de edad "con los

---

ferreterías; armería y artículos de deporte; comercio de bazares, objetos típicos de Sevilla, plásticos al detall, bisuterías, molduras, cuadros y vidrio y cerámica; comercio de textil, quincalla y mercerías; comercio de materiales de construcción y saneamientos; comercio de la piel y manufacturas varias de Sevilla y provincia (BOP Sevilla 8/04/2008) (art. 40); CC del sector de industrias de hostelería de la provincia de Huelva (BOP Huelva 23/07/2008) (art. 17), en el que el temor de que en un momento determinado el "premio de fidelidad y constancia en la empresa", pudiera se calificado por alguna Autoridad como "complemento de la pensión" susceptible de ser externalizado, lleva a establecer de forma tajante que "si en algún momento surgiera cualquier eventualidad que pusiera en entredicho esta circunstancia y máxime si alguna empresa se viera afectada por denuncia o expediente administrativo alguno al respecto, el presente convenio en su totalidad se considerará nulo a todos los efectos y la negociación del mismo se retrotraerá al momento anterior a la de su firma".

[45] CC provincial del "Sector de la Hostelería" de Córdoba (BOP Córdoba 21/11/2008) (art. 48).

[46] CC de la empresa Fundovel S.A. (BOP Huelva 23/11/2007) (art. 31). Vid. en sentido parecido CC de la empresa Marbella Club Hotel Sociedad Anónima (BOP Málaga 18/12/2007) (art. 27); CC de la empresa Arquitempo Servicios S.L. para las trabajadoras del servicio de ayuda a domicilio del Excmo. Ayuntamiento de San Roque (BOP Cádiz 7/12/2006) (art. 17); CC Clínica Inmaculada Concepción (BOP Granada 9/01/2009) (art. 27).

[47] CC provincial del Campo Granada 2006 – 2008 (BOP Granada 30/05/2006) (art. 24); CC de jardinería de Celta Prix en Ayamonte y Cartaya (BOP Huelva 18/10/2007) (art. 25); CC de trabajo de ámbito sectorial para la hostelería de la provincia de Jaén (BOP Jaén 24/08/2005) (art. 23); CC de hostelería para la provincia de Málaga (BOP 28/07/2006) (art. 51), obligando a presentar la solicitud con al menos tres meses de antelación a la fecha en que se cumpla los 64 años.

[48] CC de jardinería de Celta Prix en Ayamonte y Cartaya (BOP Huelva 18/10/2007) (art. 25).

[49] CC del organismo autónomo local "Patronato de la Residencia de Ancianos San Luis" (BOP Granada 22/06/2007). Aunque no siempre es así, pues por ejemplo el CC provincial de trabajo del sector transporte de mercancías para Almería y su provincia (BOP Almería 10/01/2008) (art. 57), contempla la jubilación anticipada sólo desde la perspectiva del acuerdo entre la empresa y el trabajador.

[50] CC para el sector de la hostelería de la provincia de Granada (BOP Granada 2/06/2006) (art. 9.H y 39 c)).

beneficios de haber cumplido los 65", situación además a la que se llega como punto y final de la jubilación parcial[51].

– En algún caso, sin embargo, se plantea la desaparición progresiva de la indemnización otorgada con ocasión de la jubilación anticipada a partir de los 60 años, mediante la introducción de cláusulas de limitación de la misma en función de la fecha de contratación del trabajador, estableciéndose por ejemplo que "a este beneficio no tendrán derecho los trabajadores que se incorporen a partir del día 1/1/2003"[52].

c) La jubilación parcial:

– Existen convenios en los que se pacta la obligación de la empresa no sólo de aceptar la jubilación, sino también en el "porcentaje máximo", además lógicamente de la simultánea contratación de un trabajador con contrato de relevo[53]. Claro que a veces la peculiaridad reside – además de no ajustarse a la legislación vigente en cuanto a la jornada mínima a desempeñar por el jubilado parcialmente[54] – en limitar la posibilidad de solicitar la jubilación parcial al tramo de los 60 – 63 años[55], en un convenio sin referencia alguna a la jubilación forzosa o la posibilidad de jubilación anticipada. En otros casos, sin embargo, la jubilación parcial es una opción posible desde los 60 años en adelante, pero la empresa debe estudiar la solicitud, comunicando al trabajador por escrito su respuesta, lo que constituye un tratamiento individualizado de cada petición en tal sentido[56]. En alguna ocasión incluso se ampara el acceso a la "jubilación parcial anticipada" de todo trabajador que lo solicite, pero se excluye expresamente a los "cargos directivos, mandos intermedios y puestos unipersonales, cuyas solicitudes deberán estudiarse individualmente y podrán o no ser aprobadas de acuerdo con criterios de empresa"[57].

– También se puede apreciar la existencia de convenios en los que se pone en conexión la jubilación parcial con la jubilación forzosa, y expresamente se

[51] CC de transporte de mercancías por carretera de la provincia de Granada (BOP Granada 24/09/2008) (art. 28).

[52] CC de la empresa Clínica Santa Isabel S.A. (BOP Sevilla 9/08/2006) (art. 26).

[53] CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24/07/2008) (art. 37).

[54] CC provincial de trabajo del sector aparcamientos, garajes y servicios de lavado y engrase de Almería (BOP Almería 12/05/2008) (art. 65).

[55] CC de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (BOJA 12/2/2008) (art. 15).

[56] CC de la empresa Marbella Club Hotel Sociedad Anónima (BOP Málaga 18/12/2007) (art. 47).

[57] CC del organismo autónomo local "Patronato de la Residencia de Ancianos San Luis" (BOP Granada 22/06/2007) (art. 39).

acuerda que "el trabajador que acceda a la jubilación parcial anticipada, habrá de asumir el compromiso por escrito e irrevocable, de acceder a la jubilación forzosa a los 65 años de edad, salvo que no cuente con el periodo mínimo de cotización para acceder a la prestación de jubilación, en cuyo caso, prolongará su relación laboral hasta alcanzar el periodo de carencia mínimo". O la jubilación ordinaria con la parcial, y así se prevé, por ejemplo, que el trabajador tendrá derecho a jubilarse parcialmente cuando "reúna todas las condiciones para causar la pensión de jubilación y haya cumplido la edad ordinaria de jubilación", aclarándose además que este caso "no es necesario celebrar simultáneamente un contrato de relevo"[58].

– La concurrencia de peticiones de jubilación parcial por parte de distintos trabajadores se resuelve recurriendo a criterios que no dejan de ser a veces un tanto peculiares desde la perspectiva de un proyecto empresarial riguroso, que valore la experiencia o la calidad profesional de sus empleados. Por ejemplo, en alguno de los convenios estudiados podemos leer que "caso de no existir suficientes trabajadores cualificados para relevar a todos los solicitantes en el momento de producirse el hecho", las peticiones de jubilación parcial se atenderán "en primer lugar por riguroso orden de entrada; en segundo término por mayor edad del solicitante; y en última instancia por antigüedad en la empresa"[59].

– La forma en que debe producirse la prestación laboral del jubilado a tiempo parcial también es otros de los temas abordados en algún caso por la negociación colectiva. Básicamente se intenta racionalizar los usos del tiempo de trabajo desde la perspectiva de las necesidades y buena organización de la empresa. Y así, por ejemplo, se establece que la prestación de servicios del jubilado parcialmente tendrá lugar en "jornadas completas y como máximo en tres períodos determinados del año, que no podrán coincidir en la primera quincena de enero, mes de agosto y en la segunda quincena de diciembre" – meses en los que se produce el inicio o cierre del ejercicio económico y la concurrencia de distintos períodos vacacionales –, concretándose los períodos de servicio por la empresa y con comunicación preavisada al jubilado parcialmente con un mes de antelación[60]. No obstante, es posible también encontrar formulaciones un

[58] CC provincial de trabajo del sector transporte de mercancías por carretera para Almería y su provincia (BOP Almería 10/01/2008) (art. 56). Vid asimismo CC provincial de trabajo del sector transporte de viajeros por carretera para Almería y su provincia (BOP Almería 3/09/2007) (art. 56).

[59] CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24/07/2008) (art. 37).

[60] CC de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (BOJA 12/2/2008) (art. 15). El CC provincial del trabajo del sector aparcamientos, garajes y servicios de lavado y engrase de Almería (BOP Almería 12/05/2008) prevé por ejemplo que "salvo acuerdo entre empresa y trabajador, la jornada residual a prestar se realizará de forma que el trabajador preste la totalidad

tanto paradójicas, como aquella en que en primer término se establece que "el 15% de las jornadas de trabajo que se mantiene como contrato a tiempo parcial se considera a todos los efectos como de permiso retribuido por mayor de 60 años, desde el momento en que se formalice la jubilación parcial", mientras que el resto "hasta la cifra que en cada año esté establecido con un máximo del 10% cuando se alcance el 25% de las jornadas de trabajo, podrán acumularse en su totalidad y realizarse al inicio de la situación de jubilación parcial"[61]. En el fondo cláusulas como ésta resultan muy ilustrativas de los males contra los que en parte intentaba luchar la reforma introducida por la Ley 40/2007 – y que entre otras cosas elevaba cuantitativamente la jornada a desarrollar por el jubilado a tiempo parcial -. Otorgado como beneficio por la empresa la consideración de un 15% de la jornada laboral del jubilado parcial como permiso retribuido, cuesta creer que el otro 10% de la jornada se realice efectivamente.

3.2.2. *La problemática del plus de antigüedad*

Aunque sea brevemente quisiéramos en estos momentos realizar un apunte sobre el tratamiento que la negociación colectiva está dando al plus de antigüedad. Frecuentemente se vincula el prescindir de trabajadores de edad avanzada con conceptos como rejuvenecimiento de plantilla, mayor productividad, y lo que puede considerarse anverso de este último concepto, menor coste, momento en el que emerge con fuerza el coste que supone el pago de la antigüedad como complemento salarial, y la forma en que el mismo generalmente se incrementa conforme el trabajador va ganando en antigüedad en la empresa. Es en ese momento cuando hay que plantearse en el presente momento, y da la cada vez mayor vinculación entre productividad y salario, el plus de antigüedad como un factor que lastra la posición del trabajador en el seno de la empresa y que puede amenazar su permanencia en el mismo.

Pues bien, afortunadamente hay que dejar constancia de que pocos son los convenios consultados donde hayamos apreciado que se sigue practicando un tratamiento que podría considerarse tradicional de la antigüedad[62], en cuando

---

de la misma que cada año natural le correspondiera hasta cumplir los 65 años, en jornadas laborales completas sucesivas en el período que la empresa y trabajador concierten dentro del mismo año natural".

[61] CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24/07/2008) (art. 37)

[62] Por ejemplo CC de la empresa Sevilla Global S.M.S., S.A. (BOP Sevilla 30/09/2008 (art. 16)); CC de ámbito empresarial par aConsorcio Escuela de Hostelería Hacienda La Laguna (BOP Jaén 4/04/2006 (art. 21); CC de la empresa Hospital Psiquiátrico San Francisco de Asís, Sociedad Anónima (BOP Málaga 23/10/2008 (art. 9)); CC provincial de trabajo para los años 2004 al 2008 del sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante el control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamiento, así como el servicio de reti-

plus del que se benefician los trabajadores en función de su permanencia en la empresa y que se incrementa con el mero paso del tiempo. De tal manera que la tendencia más importante es a reconocer el plus de antigüedad como consolidado ad personam para aquellos trabajadores que vinieran disfrutándolo, permitir la consolidación hasta un cierto nivel de tramos en curso de adquisición por parte de ciertos trabajadores y decretar la inexistencia de derecho alguno a este plus a los trabajadores que ingresaron en la empresa a partir de una determinada fecha[63].

Consideramos en ese sentido que la supresión con el paso del tiempo del plus de antigüedad[64], y su sustitución por complementos salariales vinculados a la productividad[65], constituirá en el futuro un factor que aportará estabilidad a la relación de trabajo del trabajador de edad avanzada.

3.2.3. *Las medidas de mejora de la formación y cualificación de los trabajadores*

En cuanto a los formación permanente de los trabajadores y la actualización de sus conocimientos, queremos advertir que el contenido de los convenios colectivos por término general deja bastante que desear, pues cuando la cuestión se aborda es en muchos casos recurriendo a referencias genéricas, y sin establecer en muchos casos unos criterios que orienten o predeterminen las acciones formativas, teniendo en cuenta la legislación vigente y el Acuerdo Nacional de Formación. Con todo, existen un conjunto de convenios en los que esta cuestión, que entendemos capital para mejorar la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada, se trata con mayor detenimiento, en lo que es una expresión de la importancia que se da a esta cuestión, y del interés por facilitar la misma a los trabajadores[66].

---

rada de vehículos mal estacionados en la vía pública (BOP Almería 7/04/2005 (art. 27)). En ocasiones, sin embargo, se establecen topes máximos, como por ejemplo en el CC de la empresa sector del auto-taxi en Andalucía (BOJA 29/01/2007 (ART. 13)).

[63] CC de la empresa Arlesa Semillas S.A. (BOP Sevilla 13/11/2006 (art. 20)); CC provincial de Huelva para la actividad de oficinas y despachos (BOP Huelva 30/05/2005 (art. 7)); CC provincial de trabajo de sector transporte por carretera en general para Almería y provincia (BOP Almería 5/11/1999 (art. 31).

[64] En algún caso la cuestión se ha abordado de manera bastante contundente: "Antigüedad: no se generan devengos por el concepto de antigüedad, si bien quedarán consolidados los importes devengados hasta la fecha de la firma del presente convenio" (CC de la empresa Horticultores El Torcal (BOP Málaga 21/05/2008 (art. 13)).

[65] En algún caso se ha procedido a incrementar el salario base para compensar la pérdida patrimonial que puede suponer percibir un plus de antigüedad menor al esperado (CC de la empresa Provincial de Informática S.A. (EPRINSA) (BOP Córdoba 13/05/2004 (art. 4)).

[66] CC provincial del campo de Granada (2006-2008 (BOP Granada 30/05/2006 (art. 33); CC de trabajo de ámbito sectorial para construcción y obras públicas de la provincia de Jaén (BOP

Queda a nuestro juicio, con carácter general, y salvo honrosas excepciones, un largo camino que recorrer en la materia, desarrollando por ejemplo los aspectos que se proponían en su día por el AINC 2007.

3.2.4. *Las medidas para mejorar las condiciones de trabajo y empleo del trabajador de edad avanzada*

Aunque como mencionamos en páginas anteriores la adopción de medidas específicas en relación con las condiciones de trabajo y empleo del trabajador de edad avanzada no puede decirse que preocupe especialmente a nuestros negociadores, lo cierto es que algunas previsiones sí pueden encontrarse. En este sentido merece destacarse:

– La preocupación por dar una cierta seguridad jurídica a quien se encuentra por ejemplo en situación de jubilación parcial, pese a que la aportación que haga el convenio colectivo sea algo que se puede extraer de la interpretación correcta la legislación vigente. Así, en algún caso los negociadores han estimado oportuno reflejar de manera bastante detallada el régimen económico del jubilado parcial – "recibirá como remuneración el 15% de todos los conceptos salariales en cómputo anual, la totalidad de la Ayuda Escolar y la parte proporcional del Complemento de Productividad en función del trabajo efectivo, manteniéndose los beneficios sociales y el alta en el Seguro de Vida hasta la fecha de jubilación total" –[67]. Otras veces, sin embargo, se ha ido más allá y se pretende salvar una posible lenta actuación perezosa de la Administración al reconocer la correspondiente pensión – lo que en los tiempos actuales es bastante insinuar –, y se reconoce el "derecho a percibir de la empresa el importe equivalente al líquido a percibir de dos

---

Jaén 6/09/2008); CC de trabajo para las industrias de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga y su provincia para los años 2008, 2009, 2010 y 2111 (BOP Málaga 2/12/2008 (D.A 4ª)); CC para el sector de construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009 (D.F 7ª); CC de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (BOJA 12/02/2008 (arts 31 y 32)); CC de la empresa Sevilla Global S.M.S. S.A. (BOP Sevilla 30/09/2008 (arts. 43 y 44)); CC de trabajo de ámbito territorial para hostelería de la provincia de Jaén (BOP Jaén 24/08/2005 (art. 27)); CC de ámbito empresarial para Consorcio Escuela de Hostelería Hacienda La Laguna (BOP Jaén 4/05/2006 (art. 31)); CC de la empresa Hospital Costa del Sol (BOP Málaga 22/01/2007 (art. 30); CC de la empresa del sector del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante el control horario y cumplimiento de las Ordenanzas de Aparcamiento en la Comunidad Autónoma (BOJA 26/09/2008 (art. 64)); CC de la empresa sector del auto-taxi en Andalucía (BOJA 29/01/2007 (art. 42)).

[67] CC de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo (BOJA 12/2/2008) (art. 15). Vid. también, por ejemplo, CC provincial de trabajo del sector aparcamientos, garajes y servicios de lavado y engrase (BOP Almería 12/05/2008) (art. 65).

mensualidades ordinarias, con el objetivo de indemnizarle al pérdida de salario que padece por la diferencia temporal existente entre el momento del cese parcial en su empleo y el cobro de la primera nómina de tal pensión", eso sí siempre que la reducción de jornada sea de, al menos, el 50%[68].

– En alguna ocasión se advierte la predisposición de los firmantes del convenio, en aquella ocasión de empresa, a que por los mismos se promuevan "en ámbitos inferiores" – habremos de pensar en el centro de trabajo, la sección en su caso… – la "adopción de acuerdos sobre mejoras voluntarias de la prestación de jubilación en cualquiera de las modalidades legalmente previstas"[69]. Visto el panorama descrito hasta ahora podría parecer una utopía, pero previsiones convencionales como la referida ampararían por ejemplo la adopción de medidas que, mejorando la prestación de jubilación, fomentaran la permanencia de trabajadores en activo más allá de los 65 años, y por tanto más allá del típico "premio de jubilación"[70].

– Mención especial merecen las cláusulas convencionales que se ocupan y preocupan del trabajador disminuido en su capacidad, entre otras razones por edad. Así en alguna ocasión se prevé que pueda ser destinado por la empresa "a trabajos adecuados a sus condiciones actuales, siempre que existan posibilidades para ello", reconociéndoseles un derecho preferente en relación con los puestos disponibles en la misma para este tipo de trabajadores con carácter general[71]. En otros casos el trabajador pasa a cobrar la retribución propia de la categoría profesional a la que ha sido reasignado[72], aunque en ocasiones se el respeta "el salario que tuvieren acreditado antes de pasar a dicha situación"[73]. Finalmente a veces se establece la posibilidad de remoción a

[68] CC provincial de trabajo del sector transporte de mercancías por carretera para Almería y su provincia (BOP Almería 10/01/2008) (art. 57).

[69] CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24/07/2008) (art. 87).

[70] Mencionado entre otros convenios colectivos en el CC del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9/0/2008) (art. 51), donde la referencia es "las mismas condiciones y cuantías que los establecidos para el profesorado de los cuerpos docentes universitarios" (funcionarios).

[71] CC de trabajo para las industrias de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga y su provincia para 2008, 2009, 2010 y 2011 (BOP Málaga 2/12/2008) (art. 64), que prevé incluso un "complemento por discapacidad" como parte del salario de los trabajadores que incurran en el supuesto descrito en el art. 35 del mismo. En el mismo sentido, CC para el sector de la construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009) (arts. 44 y 63).

[72] CC de trabajo para las industrias de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga y su provincia para 2008, 2009, 2010 y 2011 (BOP Málaga 2/12/2008) (art. 64).

[73] CC para el sector de la construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009) (art. 47).

otro puesto del trabajador que realiza trabajos susceptibles de originar un perjuicio para su salud sin merma de la capacidad laboral[74].

– También hay que dejar constancia de alguna que otra cláusula convencional que aborda la problemática del trabajador mayor de 55 años. Más concretamente, en algún convenio colectivo se ordena que "la empresa procurará destinar al personal mayor de 55 años a trabajos para los que, teniendo los conocimiento necesarios, no sea preciso un esfuerzo físico excesivo", de la misma manera que aquéllos que "lo soliciten a la Dirección de la empresa, por escrito, serán excluidos del turno de noche, siempre que no lleve consigo aumento numérico de personal en el Servicio"[75]. Estas previsiones son simplemente un adelanto del compromiso asumido en el mismo convenio por las partes en relación con los trabajadores maduros, y que reproducimos: "la empresa y la representación de los trabajadores asumen el compromiso de trabajar en la búsqueda de soluciones a las situaciones que plantea el hecho de que, más del 40% de la actual plantilla, tenga 49 o más años. Los acuerdos que se puedan adoptar a este respecto se incorporarán al texto del Convenio".

– Mención específica merece la cláusula convencional en la que , sin diferenciación por razón de edad, si se reconoce "el derecho preferente a ocupar puestos de trabajo fijo a aquell@s trabajadores/as de la empresa vinculados a la misma por un contrato temporal"[76], en línea con lo exigido por la Orden de 21 de julio de la Junta de Andalucía sobre incentivos a la contratación indefinida, de la que desde luego, aunque por supuesto no necesariamente, podría beneficiarse un trabajador de edad avanzada que de esta manera vería consolidado su empleo.

– Por otra parte, en ocasiones encontramos compromisos generales del tipo "la empresa se compromete a mantener el volumen de empleo actual, así como a la creación de nuevos puestos de trabajo que se deriven del aumento de la producción"[77]. Cuando no se reconoce expresamente "en los supuestos de expediente de regulación de plantilla o regulación de empleo individual o colectivo" que "tendrán derecho de

[74] CC de trabajo para las industrias de la construcción, obras públicas y oficios auxiliares de Málaga y su provincia para 2008, 2009, 2010 y 2011 (BOP Málaga 2/12/2008) (art. 65). En el mismo sentido, CC para el sector de la construcción y obras públicas de Sevilla (BOP Sevilla 24/01/2009) (art. 64).

[75] CC Clínica Inmaculada Concepción S.A. (BOP Granada 9/01/2009) (art. 9).

[76] CC de trabajo de ámbito sectorial para la hostelería de la provincia de Jaén (BOP Jaén 24/08/2005) (art. 22).

[77] CC de la empresa Consorcio Escuela de Hostelería de Málaga (B0P Málaga 18/04/2007) (art. 34).

permanencia en la empresa aquellos trabajadores con mayor antigüedad", circunstancia en la que suelen situarse los trabajadores de edad avanzada[78].

– Por último queremos dejar constancia de una propuesta sugerente que se realiza en algún convenio, como es vincular empleo y responsabilidad social corporativa a través de la constitución de un grupo de trabajo que impulse actuaciones en dicho sentido[79]. En esa línea puede ser de interés la consideración de cláusulas tipo como la siguiente: "en caso de que por jubilación se produzcan vacantes o plazas de nueva creación, la empresa afectada por el presente convenio ofertará dichas vacantes en primer lugar a los trabajadores de su empresa que reúnan las condiciones académicas requeridas en el supuesto de que la vacante lo precise. En el supuesto de no requerir dicha condición se le ofertará a aquellos trabajadores que acrediten experiencia en el puesto a cubrir"[80]. También en el contexto indicado se puede situar, aunque se trata de una previsión convencional aislada muy vinculada a la actividad y realidad de la empresa, el compromiso empresarial de incorporar al Régimen General de la Seguridad Social a los trabajadores con relación laboral indefinida, comenzando por los de mayor antigüedad y edad[81].

4. **REFLEXIÓN FINAL**

Una vez realizada la aproximación a la realidad legislativa y de la negociación colectiva andaluza quisiéramos concluir con la exposición de algunas ideas que surgen una vez elaborado el presente estudio:

1º En todos estos años la acción legislativa es indudable que se ha debatido en una cierta tensión entre la adopción de medidas que favorecieran el acceso al mercado de trabajo de jóvenes y minusválidos, y últimamente mujeres, y el apoyo a políticas propuestas desde la UE y que giran entorno a la idea del "envejecimiento activo". La supresión de la D.A. 10ª ET (jubilación forzosa), para posteriormente volver a reinstaurar la previsión legal, bien es verdad que en términos no exactamente iguales, se inscribe en es contexto.

[78] CC del organismo autónomo local "Patronato de la Residencia de Ancianos San Luis" (BOP Granada 22/06/2007) (art. 12).

[79] CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24/07/2008) (art. 12).

[80] CC de la empresa Clínica Santa Isabel S.A. (BOP Sevilla 9/08/2006) (art. 29).

[81] CC de la empresa Pinzón S.C.A. (BOP Sevilla 16/10/2007) (art. 3).

2º A pesar de ello en los últimos años se aprecia una acción legislativa a favor de promover en cierta medida el que los trabajadores de edad avanzada mantengan su empleo. En ese contexto, por ejemplo, se ha de situar el esfuerzo que realiza la Ley 43/2006 en relación con los trabajadores y trabajadoras mayores de 45 años al mantener el derecho a bonificaciones mientras dure el contrato de trabajo, lo que marca la diferencia con las bonificaciones previstas para mujeres y jóvenes que normalmente no van más allá de los cuatro años de duración. O las medidas normativas adoptadas por la Junta de Andalucía para sufragar en parte los gastos derivados de la adaptación de ciertos puestos de trabajo.

3º Se ha puesto de manifiesto la existencia de preocupación en el ámbito del Diálogo Social nacional y de la Concertación Social en Andalucía por la problemática específica de estos trabajadores. Sin embargo, hemos tenido la oportunidad de observar cómo frecuentemente las referencias a la cuestión son episódicas, y se echa en falta un tratamiento más específico, como se ha producido en relación con otras cuestiones como el teletrabajo o el acoso moral en el trabajo.

4º El estudio de la negociación colectiva realizado desvela cómo por regla general las recomendaciones tanto del AINC 2007, como del CARL, en relación con la cuestión que nos ocupa, no son seguidas por los negociadores de los convenios. Resulta por tanto necesaria una mayor concienciación de los negociadores y una mejor formación en relación con las cuestiones que suscita el empleo de trabajadores de edad avanzada. En ese sentido, hay que advertir que salvo contadas excepciones la negociación colectiva sobre la materia resulta pobre.

5º Creemos que la mejora de la empleabilidad, para lo que es crucial una mejor formación profesional continúa, además del desarrollo de políticas de responsabilidad social corporativa que sean sensibles a la problemática del empleo de estos trabajadores, son sendas por las que se debe caminar en un futuro.

5. **BIBLIOGRAFÍA**

Aragón Gómez, C.: "El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?, RL, núm. 1, 2008.

De la Villa Gil, L.E.: "Pensiones sociales. Problemas y alternativas", en AA.VV.: IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social , Madrid, MTSS, 1999.

Gala Durán, C.: "La recolocación externa de los trabajadores maduros (outplacement) como vía de actuación ante el desempleo", en AA.VV.: *Desem-*

pleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTSS, Madrid, 2004.

García Pérez, I., y Sánchez Martín, A.: *Jubilación y búsqueda de empleo a edades avanzadas*, Actual (Centro de Estudios Andaluces), núm. 33, 2008.

López Gandía, J.: *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma de 2007*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: "La flexibilidad de la edad de jubilación (II)", RL, núm. 21, 2002.

Sala Franco, T., Roqueta Buj, R., López Balaguer, M., López Terrada, E.: *La ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social", RMTAS, núm. 33, 2001.

Serrano García, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Madrid, 2002.

EL PERSONAL DIRECTIVO PÚBLICO: UNA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DEL REAL DECRETO 1382/1985

MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave: Alto Directivo, Administración Pública**

La regulación del personal directivo de los Organismos públicos ha dado un giro con la posibilidad de aplicación del régimen jurídico-laboral. De forma que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público, ha abierto la puerta, en un espacio tan hermético como el sector público institucional, a la entrada de una figura propia del ámbito empresarial, como es la del alto directivo laboral regulado por el Real Decreto 1382/1985.

Sin embargo, la aplicación del régimen jurídico laboral en el ámbito público plantea no pocos problemas, de los que el más relevante es la delimitación con otras figuras jurídicas con las que limita por arriba y por abajo; y al que se añade la indemnización por cese o, en su caso, por despido.

ABASTRACT **Key Words: Managerial Staff, Public Administration**

Regulation of managerial staff in Public Institutions has taken a turn with the possibility of applying the labour-law scheme. Pursuant to Law 7/2007, of 12 April, on the Basic Statute of Public Workers' Rights, the door has been opened in a closed space such as public institutions to figures belonging to the business sphere, such as high-level managers regulated by Royal Decree 1382/1985.

However, the implementation of the labour-Law scheme gives rise to many problems, the most relevant of which are the demarcation with other legal figures, with which they limit above and below, and the issue of compensations for dismissal.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REGULACIÓN JURÍDICO-LABORAL DEL PERSONAL DIRECTIVO EN EL ÁMBITO PÚBLICO COMO MUESTRA DE LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
3. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO SOMETIDO A RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO ANTES DEL EBEP. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE EL CESE DEL PERSONAL DIRECTIVO
   3.1. La Ley de Entidades Estatales Autónomas y el personal directivo
   3.2. El personal directivo laboral de los Organismos públicos de la LOFAGE
      3.2.1. La configuración y el concepto del personal directivo sometido a régimen jurídico-laboral
      3.2.2. Selección, nombramiento y consideración como laboral de la relación jurídica del personal directivo de los organismos públicos de la LOFAGE
      3.2.3. El cese de los altos directivos laborales de los organismos públicos de la LOFAGE
   3.3. El personal directivo laboral en la Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos: una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985
4. EL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS DEL EBEP PARA LA DEFINICIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS
   4.1. La relatividad de la reserva de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del Estado
   4.2. El diferente régimen jurídico del personal directivo en función a su condición como funcionario o como laboral en el ámbito de las Comunidades Autónomas

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) dispone en su artículo 13.4 «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección». Consideración aplicable, por disposición del artículo 2.1 del EBEP, a los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Este precepto ha abierto la puerta a la entrada de una figura propia del ámbito empresarial: el alto directivo laboral, regulado por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en un espacio tan hermético como el sector público institucional.

La nueva regulación del directivo público ha sido considerada, en la propia Exposición de Motivos del EBEP, "un factor decisivo de modernización administrativa, puesto que su gestión profesional se somete a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad y control de resultados en función de los objetivos". Sin embargo, a pesar de la importancia de que se dota a esta figura, nada más

y nada menos que asumiendo un papel fundamental en la modernización de las Administraciones públicas, el régimen jurídico aplicable, laboral o funcionarial, resulta insuficiente a todas luces para abarcar todas las cuestiones relativas a condiciones de trabajo de este personal; lo que ha dado lugar a una importante casuística de los tribunales, fundamentalmente relativa al cese de su relación jurídica y a la indemnización que pudiera corresponderle, así como a si estamos o no ante personal sujeto al Real Decreto 1382/1985. Esto se ha justificado por la conexión entre el directivo público y la organización administrativa, y entre éste y las potestades de autoorganización de las diferentes CCAA, que, a su vez, ha llevado a la remisión a las CCAA para que regulen el régimen jurídico de este personal[1].

2. LA REGULACIÓN JURÍDICO–LABORAL DEL PERSONAL DIRECTIVO COMO MUESTRA DE LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

No cabe duda de que la posibilidad que ha abierto el EBEP de aplicación del régimen jurídico–laboral a la figura del directivo público en el ámbito del sector público es una muestra más de laboralización de la Función pública; aunque, como veremos, el camino hacia el reconocimiento expreso de esta figura en las Administraciones Públicas y sus Organismos es el resultado de una evolución que marca un punto de inflexión con la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos; primera norma que determina de manera expresa que los directivos de estos organismos, sujetos al régimen laboral, estarían vinculados a los mismos mediante una relación laboral especial de alta dirección.

La evolución de un modelo de Función pública inspirado exclusivamente en el Derecho Administrativo a un modelo con importantes influencias del Derecho del Trabajo se ha producido progresivamente; siendo el reconocimiento de la posibilidad de contratación en régimen laboral del personal directivo un paso más de esta evolución. Tal evolución ha derivado de la flexibilización de la estructura de las Administraciones Públicas, demasiado rígida para atender convenientemente el cumplimiento de sus fines, que supuso la inclusión de determinados principios e instituciones típicos del Derecho del Trabajo; de la convivencia de personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que facilitó, y sigue facilitando, la ósmosis de

[1] Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 104 y 106.

ambos regímenes jurídicos; y, sobre todo, del reconocimiento de los derechos colectivos a los empleados públicos, que ha determinado el acercamiento entre los empleados públicos y la existencia de un parcela de sus Estatutos, que trabajadores y funcionarios comparten[2].

Tales afirmaciones resultan aplicables a la reforma del régimen jurídico del personal directivo en el ámbito público; porque constituye un paso más dentro de la evolución de la función pública hacia una mayor laboralización. Sin embargo, las previsiones del EBEP se antojan incompletas y confusas, de hecho corresponde a las Comunidades Autónomas determinar el régimen jurídico aplicable, laboral o funcionarial, a los directivos públicos, pero con la previsión de que, en caso de ser el laboral el régimen jurídico elegido, deberá aplicar el Real Decreto 1382/1985, al ser la materia laboral competencia exclusiva del Estado.

La consideración del personal directivo en el ámbito público como elemento desencadenante y pilar básico de la modernización de las Administraciones públicas le convierten en baluarte de la reforma de las Administraciones Públicas, que ha de venir guiada por los principios de modernización y articulación de la Administración que conduzcan a una reordenación y racionalización de la normativa de empleo público, caracterizada por su dispersión y heterogeneidad, incluso tras la aprobación del EBEP.

Estos y otros factores, como el reconocimiento del Estado de las Autonomías y la diversidad de funciones y profesiones en la Función pública, han de tenerse en cuenta a la hora de establecer el modelo a construir. En cualquier caso la nueva estructura de la Administración Pública exige como condición primaria una nueva gestión de los recursos humanos empleados[3], donde, sin duda, tendrá un papel relevante la figura de personal directivo sometido al régimen jurídico–laboral.

El hecho de que puedan convivir en un mismo espacio físico personal directivo sometido al régimen laboral y personal directivo sometido a régimen jurídico funcionarial no implica, sin embargo, discriminación. De hecho el Tribunal Constitucional, entre otras en su STC 99/1987, justifica la existencia de ambos regímenes de personal al servicio de la Administración pública, en relación a puestos no directivos, y afirma que son "regímenes jurídicos distintos aplicables a situaciones distintas, uno estatutario y otro laboral, puesto que no

[2] Rodríguez Ramos, M. J.: El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores. Ed. Comares. Granada, 1997.

[3] Rusciano, M.: "Contributo alla lettura della riforma dell'impiego pubblico". Introduzione. VV.AA. L'impiego pubblico nel Diritto del Lavoro. A cura di M. Rusciano e L. Zoppoli. G. Giappichelli Editore. Torino, 1993, pp. XXII.

son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción, ya que, como se dijo en la STC 57/1982, la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución, y de ello es prueba la distinta regulación y previsión constitucional, cuyo artículo 35 remite al Estatuto de los Trabajadores y el artículo 103.3 al Estatuto de los funcionarios, lo que justifica las regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables. Si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucional lícita del legislador, también lo será la diferencia de los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad".

Abunda el Tribunal Constitucional al afirmar que "la vinculación al principio de igualdad no impide al legislador laboral la diversificación de regímenes jurídicos, siempre que el criterio adoptado para introducir la diferenciación supere el canon de constitucionalidad constituido por el artículo 35.2 CE, ya que tal diferenciación sólo alcanza a vulnerar aquél si se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable, apreciada en relación a la finalidad y efectos de la medida (SSTC 22/1981, 34/1981, 6/1984 y 4/1991)».

3. LA REGULACIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO SOMETIDO A RÉGIMEN JURÍDICO–LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO ANTES DEL EBEP. LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE EL CESE DEL PERSONAL DIRECTIVO

3.1. La Ley de Entidades Estatales Autónomas y el personal directivo

La Ley de 26 de diciembre de 1958, de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (LEEA), parcialmente vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), definía en su artículo 2 a los Organismos Autónomos[4] y en su personal se integraban los cargos directivos de libre nombramiento del Gobierno o del Ministro competente, los funcionarios públicos de la Administración del Estado con destino en un Organismo autónomo, los funcionarios públicos de tales Organismos y los obreros (art. 79

[4] Como entidades de Derecho público creadas por la ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya patrimoniales ya de dominio público.

LEEA). El personal directivo era designado y separado libremente por el Ministerio respectivo (art. 9 LEEA) y tenía los derechos y deberes establecidos en las normas aplicables a los Organismos Autónomos (art. 80.1 LEEA). De forma que se configuró al personal directivo como alto cargo, por las propias características de su relación jurídica, de naturaleza administrativa, su no inclusión en el registro de personal[5] y su nombramiento y cese, fundado en la confianza[6]. De otro lado, la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, determinó en su artículo 6.1 qué eran sociedades estatales y preveía "que deberían ajustar sus actividades al ordenamiento privado", pero sin que ni ésta ni otras Leyes de Presupuestos se pronunciaran sobre el régimen jurídico del personal de las Entidades de Derecho Público en general, ni del personal directivo en particular.

Las Comunidades Autónomas reprodujeron este esquema de Administración Institucional de la Administración General del Estado: Organismos Autónomos, entes de Derecho Público y sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público, contemplando iguales estructuras orgánicas, mecanismos de selección, retribución, promoción y carrera administrativa de los empleados públicos.

A pesar de la ausencia de políticas modernizadoras de la función pública, la promulgación de normas de calado como la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función pública, refleja la capacidad del Gobierno del Estado para modificar la gestión de recursos humanos de la Administración General del Estado e incidir, por el carácter básico de la misma, sobre las Administraciones autonómicas[7]. La Disposición Adicional 17ª de esta ley dejó sin efecto las disposiciones que permitían la adscripción de funcionarios a Entes públicos, al establecer que debían optar por integrarse en sus plantillas laborales, quedando como funcionarios en la situación administrativa de excedencia voluntaria o reintegrarse al Departamento al que figura adscrito su Cuerpo o escala; lo que supuso la laboralización de las plantillas de todos los entes de Derecho público, quedando el personal sometido al Derecho del Trabajo.

Ninguna de tales normas contemplaba la posibilidad de aplicación del régimen jurídico–laboral al personal directivo. No obstante, aunque el artículo

[5] Resolviendo sendas cuestiones de inconstitucionalidad sobre complementos retributivos a funcionarios que habían desempeñado altos cargos, la STC 32/2000, de 3 de febrero, se pronuncian sobre la legalidad de un tratamiento retributivo desigual ante situaciones desiguales.

[6] STS (3ª) de 18 junio de 1983 (RJ 3336).

[7] Salvador Serna, M.: La función pública autonómica como institución: ¿Buscando alternativas o reforzando un modelo?. Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya". Revista Española de Ciencia Política nº 12, abril 2005, pág. 137.

15 de la Ley 30/1984 (LMRFP) disponía, con carácter general, la prestación de servicios por funcionarios públicos, al mismo tiempo contempla una serie de excepciones entre las que se incluyen los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño, que será el argumento utilizado por la STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) para rechazar la impugnación del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos por cuanto permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

El artículo 20.1.b) LMRFP contiene una referencia a los puestos directivos a cubrir por funcionarios públicos, al establecer que sólo puede cubrirse por el sistema de libre designación los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarias de altos cargos, y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Paralelamente el artículo 29.2 LMRFP dispuso que pasarían a la situación de servicios especiales los funcionarios nombrados miembros del Gobierno o de los órganos de gobierno de las CCAA o altos cargos de los mismos que no deban ser provistos necesariamente por funcionarios públicos; cuando sean nombrados Subsecretarios, Secretarios generales técnicos o Directores generales y cuando sean nombrados Subdelegados del Gobierno en las provincias o Directores insulares de la AGE y no opten por permanecer en la situación de servicio activo en su Administración de origen. Por su parte, la legislación laboral (art. 46 ET) dispone el pase a la situación de excedencia forzosa del trabajador por designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo, diferente al cargo de carrera[8].

Una y otra situación, el pase a la situación de servicios especiales para funcionarios y excedencia forzosa para personal laboral se han aplicado de forma restrictiva reservándolas para los altos cargos y estableciendo otras situaciones para el personal directivo sin la consideración de alto cargo: para los funcionarios pasa por la permanencia en situación de servicio activo derivada de la provisión mediante libre designación de un puesto funcionarial o el pase del funcionario a la situación de excedencia por incompatibilidad, si el puesto

[8] La jurisprudencia distingue entre el cargo político al que se accede por designación o por elección, cuyo ejercicio imposibilita para la asistencia al trabajo, presupuesto de la excedencia forzosa, de los empleos de gestión o asesoramiento, aunque se trate de puestos de confianza, que llevan a cabo una labor de apoyo a quienes desempeñan cargos políticos, para quienes está prevista la situación de excedencia voluntaria y la suspensión del contrato por mutuo acuerdo de las partes. Por todas, STS (Social) de 13 de noviembre de 2007, r.c.u.d. 3187/2006.

directivo era de una Entidad pública empresarial, con la particularidad de que se computarían a efectos de trienios el período de prestación de servicios en Organismo o entidades del sector público, con la excepción de los prestados en sociedades mercantiles con participación mayoritaria de las Administraciones públicas (art. 23.3 in fine LMRFP).

Para el personal laboral el nombramiento como directivo no alto cargo de un Organismo público pasaría por la suspensión de la relación laboral común por promoción a alta dirección dentro del Organismo público (art. 9.2 RD 1382/1985); o bien a la excedencia por incompatibilidad por acceso a un segundo puesto de trabajo en el sector público (art. 10 Ley 53/1984) o la suspensión del contrato por mutuo acuerdo (art. 45.1 ET) para el caso de que el directivo con relación laboral común perteneciera a otro Organismo público o Administración pública.

El sistema elegido para el acceso a puestos directivos sin la consideración de alto cargo es el sistema de promoción interna para los funcionarios de Organismos Autónomos, y para el personal laboral dentro del mismo Organismo Autónomo o entidad pública empresarial; de otro lado, el acceso a puestos directivos de entidades públicas empresariales de los funcionarios supone la declaración de excedencia por incompatibilidad, y el del personal laboral que accede a puestos directivos de Organismos Autónomos distintos al suyo de origen se articula mediante la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes.

Las prescripciones de la LOFAGE, que trasladaron a los Organismos Autónomos las normas sobre provisión de puestos directivos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las normas específicas de cada organismo algunas de las cuales contemplaron la contratación de directivos en régimen laboral en una opción avalada por el Tribunal Supremo[9], no solventó la ausencia de una regulación específica del personal directivo laboral de los organismos públicos[10]. Ello no constituyó obstáculo para que por estas entidades se

[9] STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) estima conforme a Derecho la previsión del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos que permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

[10] "Uno de los rasgos distintivos de la gestión de personal en el ámbito público es la abundancia de referencias normativas que constriñen y, en ciertas ocasiones, direccionan las opciones y políticas a impulsar. Esta ingente regulación jurídica acaba traduciéndose en un complejo entramado que, lejos de facilitar la labor de las unidades de personal de las administraciones públicas, tiende a generar inseguridad y a exigir importantes conocimientos jurídicos frente a perspectivas alternativas más propias de la gestión de recursos humanos". Salvador Serna, Miquel: "La función pública autonómica como institución: ¿Buscando alternativas o reforzando un modelo? Los casos de la Comunidad de Madrid y la Generalitat de Catalunya". Revista Española de Ciencia Política núm. 12, Abril 2005, p. 134.

procediera a la utilización de esta fórmula, hasta el punto de que el Consejo de Ministros tuvo que adoptar el Acuerdo de 17 de diciembre de 1993, por el que se dictan Instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del Sector Público Estatal[11], que se justifica por la dispersión existente en el tratamiento dado a las indemnizaciones por el cese o extinción de la relación jurídica de los altos cargos y directivos en el sector público estatal.

Así, la primera instrucción dispone en su apartado primero que «Los contratos de alta dirección que se suscriban en el ámbito de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos de ella dependientes y Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, no podrán incluir cláusula alguna que suponga, para los supuestos de extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario, una indemnización superior a siete días por año de servicio con un máximo de seis mensualidades».

De otro lado, la Instrucción Primera 2 regula las indemnizaciones aplicables en los contratos laborales de alta dirección de los Presidentes, Vicepresidentes, Directores Generales y demás personal de alta dirección de las Entidades de Derecho Público del artículo 6.1.b) del TRLGP, previendo dos situaciones diferenciadas:

1ª La de los directivos a quienes correspondan las funciones ejecutivas de máximo nivel y los asimilados a alto cargo, que no podrán llevar a cabo actos, pactos o contratos que tengan por objeto reconocer indemnizaciones o compensaciones económicas, cualquiera que sea su cuantía y naturaleza, por el cese del cargo que ocupan (instrucción Primera 2.A); equiparando, de facto, estos puestos directivos a altos cargos, como hiciera poco después la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y altos cargos de la Administración del Estado.

2ª La del restante personal de alta dirección, para los que sólo pueden pactarse, en casos de extinción y desistimiento del empresario, indemnizaciones que, en la fecha de extinción del contrato, estén previstas para el despido improcedente en el artículo 56 ET, sin poder exceder en ningún caso de doce mensualidades; computando en dicha cuantía las cantidades que pudieran corresponder por incumplimiento total o parcial del preaviso legalmente establecido. Como tampoco puede exceder de esta cuantía máxima, incluyendo asimismo el periodo de preaviso cuando la indemnización se fije por referencia a una cuantía fija (instrucción primera 2.B párrafo primero). Las Entidades de Derecho Público tampoco podrán llevar a cabo actos, pactos o contratos adicio-

[11] Resolución de 27 de diciembre de 2993, de la Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas (BOE de 21 de diciembre de 1993).

nales, cualquiera que sea su naturaleza que de manera directa o indirecta, supongan una mejora o complemento de la indemnización pactada en contrato con superación de los límites indicados (instrucción Primera 2.B párrafo segundo).

Aunque el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993[12] no contenga referencia alguna al Real Decreto 1382/1985 es patente que aplica sus prescripciones y usa su propia terminología. Al ser estas instrucciones órdenes o directrices que el Gobierno dirige a órganos inferiores y, no afectando a la regulación normativa de los altos directivos laborales contenida en dicha norma, para ser eficaces deben incorporarse a cada contrato laboral de alta dirección[13], sin que pueda invocarse su validez si no se han pactado expresamente en el contrato de trabajo[14], sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria de quienes suscribieran en nombre del Organismo público estos contratos con el alto directivo sin incluir estas previsiones.

Cuestión distinta es cuando por Ley de Presupuestos se limita la cuantía de las indemnizaciones de los altos directivos laborales de los organismos públicos al mínimo establecido por el Real Decreto 1382/1985, o cuando se pretenden suprimir por Ley autonómica. Así, un ejemplo de limitación de la cuantía de la indemnización se produce en el caso de la Comunidad autónoma

[12] SSTSJ País Vasco (Social) de 19 de octubre de 1999 (AS 4764) y de 24 de julio de 2001 (AS 4433) y STSJ de Asturias (Social) de 26 de septiembre de 2003, rec.suplic. 2114/2002, afirman, en relación a dicho Acuerdo, por el que se dictan instrucciones para uniformar y limitar las cantidades de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo del sector público estatal, que dicho Acuerdo no constituye un acto de las Administraciones públicas de los regulados en los artículos 56 y 57 LRJAPPAC por lo que no tiene eficacia ejecutiva. El Acuerdo marca unas directrices orientativas, dejando a salvo las posibles excepciones en cada caso concreto. Por el contrario, la STSJ de Canarias/Las Palmas (Social) de 31 de marzo de 2005 (AS 747) considera dicho Acuerdo una norma jurídica que se integra en el ordenamiento jurídico pero que restringue su aplicación a los Organismo públicos estatales.

[13] SSTSJ del País Vasco (Social) de 19 de octubre de 1999 (AS 4764), de 24 de julio de 2001 (AS 4433). La STSJ de Asturias (Social) de 26 de septiembre (AS 4016), considera contrario a la buena fe que debe presidir la relación laboral especial de alta dirección, y por ello al art. 2 RD 1382/1985, estipular una cláusula indemnizatoria superior a la prevista en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993 y posteriormente alegar que vulnera dicho Acuerdo y que es nula.

[14] Respecto de la aplicación de la Instrucción 3/1986, de 1 de diciembre, del Director General del Ente Público RTVE, sobre Estatuto Interno de Directivos en el Ente Público RTVE y sus Sociedades, y su interacción con el RD 1382/1985 se pronunció la STS (Social) de 9 de marzo de 1994 (RJ 2219), considerando que tal Instrucción carece de valor normativo y que su eficacia sólo puede derivar de su inclusión, como cláusulas generales, en los contratos celebrados para el acceso al puesto directivo, afectando a las partes que lo suscribieron, sin que pueda perjudicar a terceros ni alterar lo pactado en convenio colectivo.

andaluza, donde el artículo 15.4 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma para el año 2009, determina que «respecto a las indemnizaciones que pudiesen corresponder al personal de alta dirección de las agencias públicas empresariales, de las entidades de derecho público del artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de las agencias de régimen especial y de las sociedades mercantiles de participación mayoritaria directa y fundaciones del sector público andaluz, por extinción del contrato, se estará a las cuantías que se establecen, en defecto de pacto, en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En ningún caso, las cuantías de las indemnizaciones podrán ser pactadas por las empresas y los órganos de dirección». Como muestra de supresión por Ley autonómica, la Ley 1/2004, de 31 de mayo, de la Comunidad de Madrid, estableció que no podían pactarse cláusulas indemnizatorias dinerarias o no dinerarias por razón de extinción de la relación jurídica entre el personal contratado como alto directivo por Organismos Autónomos o empresas públicas, tanto con forma de entidad de Derecho público como de sociedad mercantil, y que se tendrían por no puestas, entendiéndolas como nulas, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir los titulares de los órganos gestores que actúen en representación de la Comunidad Autónoma[15].

En definitiva, la contratación de altos directivos laborales en Organismos públicos seguía sometida a los requisitos generales. A decir de la STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762): «No hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar "poderes inherentes" a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de

[15] La STSJ de Madrid (Social) de 28 de noviembre de 2005 (AS 166) resuelve un caso de desistimiento de la Administración y cese del Director gerente de un hospital público al que la Comunidad Autónoma no reconoce el derecho a indemnización por cese en atención a la Ley autónomica que así lo establece, afirmando que en el ordenamiento laboral común el contrato de trabajo que se extingue por libre decisión del empresario implica el derecho a indemnización; regla aplicable, con matices, en las relaciones laborales especiales. Así, para el personal de alta dirección el artículo 11 RD 1382/1985 permite que el contrato se extinga por desistimiento del empresario, teniendo el trabajador derecho a indemnización, que será pactada o la prevista en dicho precepto. No obstante, la Ley autonómica prohíbe establecer indemnizaciones, que serían auténticos blindajes del contrato contrarios al erario público, sin perjuicio de que se reconozca el derecho a la indemnización prevista en la Ley, concretamente la dispuesta en el artículo 11 RD 1382/1985; siguiendo la doctrina de la STS (Social) de 12 de marzo de 1997 (AS 3576). Un comentario a dicha sentencia en Val Tena, A (del): "Extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial: el caso del Director Gerente de un hospital público y la pretendida limitación de las indemnizaciones". Aranzadi Social 6 (Presentación), 2006 (BIB 2006, 499).

ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales». A partir de esta doctrina se irá construyendo la figura del personal de alta dirección de los organismos públicos.

3.2. **El personal directivo laboral de los Organismos públicos de la LOFAGE**

3.2.1. ***Tipología de los Organismos públicos de la LOFAGE***

La LOFAGE, en su pretensión de «racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la Administración Institucional del Estado"», opta por una denominación genérica, "Organismos Públicos", que agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la AGE. Distingue dos modelos: Organismos Autónomos, que realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; y Entidades públicas empresariales, que realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, regidos por el Derecho privado, aunque les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas. La LOFAGE será el modelo para la organización de las Administración institucional de las Comunidades Autónomas bien mediante su aplicación supletoria a los ordenamientos autonómicos por su condición de Derecho Estatal (artículo 149.1.3 de la Constitución), bien por el mimetismo que desarrolla respecto de las Autonomías.

Las correspondencias entre las Entidades de Derecho Público preexistentes a la LOFAGE es obvia: los Organismos Autónomos de la LOFAGE se corresponden con sus homónimos de la LEEA y las Entidades Públicas Empresariales con los Entes de Derecho Público del artículo 6.1.b) del TRLGP[16]. En lo que atañe a la naturaleza de estos organismos, como declarara, resolviendo un caso de impugnación de un proceso selectivo en la Entidad Pública Empresarial RENFE, la STSJ de Madrid (3ª, 3ª) de 21 de enero de 2005 (JUR 87811): «todos los Organismos Públicos, sean Organismos Autónomos o EPE, consti-

[16] Lo que se observa en los procesos de adecuación de unos y otros previstos en la Disposición Transitoria Tercera 4 de la LOFAGE, que dispuso que una vez producida dicha adecuación, las remisiones a la Ley General Presupuestaria contenidas en dicha Ley respecto de los Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales, se entenderían referidas respectivamente a los Organismos autónomos de carácter administrativo y a las entidades de Derecho público del artículo 6.1.b) del TRLGP en tanto se proceda su modificación.

tuyen entidades públicas vinculadas o dependientes de la AGE, que tienen encomendadas actividades propias de la Administración territorial de la que dependen, lo que en la doctrina es una relación de dependencia la primera característica, y relación de instrumentalidad la segunda, lo que supone en este último caso que el Organismo Público de que se trata, es un instrumento o si se quiere un medio para el cumplimiento de los fines propios del Ministerio del que depende, lo que no significa otra cosa en definitiva que estamos ante lo que se llama Administración institucional, es decir, que se tratan de Administraciones Públicas, porque dependen de la AGE y porque desarrollan fines propios de ésta, con la única particularidad de que por diversas razones –económicas, presupuestarias, de organización, de mayor facilidad para el cumplimiento de sus objetivos, al no tener que sujetarse en determinados casos a las normas de Derecho Público que encorsetan rígidamente a las Administraciones territoriales–, se recurre a un régimen jurídico peculiar, dotándoles de personalidad jurídica, de patrimonio propio y de autonomía de gestión (artículo 42.1 LOFAGE), pero sin que ello suponga que desaparezca su carácter esencial de Administración Pública, descentralizada funcionalmente de la Administración territorial matriz, de la que siguen siendo meros instrumentos, sólo por razones de pura conveniencia política, económica o funcional, como pone de relieve el artículo 44.1 al señalar que: "Los Organismos públicos se ajustarán al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que tengan específicamente asignados".

Lo anterior bastaría para dejar sentado que cuando hablamos de EPE estamos aludiendo a una clase de Administraciones Públicas, con la consecuencia de que en principio, y salvo que la Ley excepcionalmente disponga la contrario, la actividad de estas entidades están sujetas al Derecho Administrativo y, por tanto, su control jurisdiccional corresponde a la Jurisdicción contencioso–administrativa, como por otra parte se desprende con claridad meridiana de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la LRJAPPAC; sus actividades son propias de la Administración Pública de la que depende, pues son actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 53.1 LOFAGE), actividades todas de carácter público, que pueden ser llevadas a cabo también por los Organismos Autónomos, como se desprende del artículo 45.1 LOFAGE, lo que en cierto modo pone de relieve el carácter meramente convencional que a veces se da entre una y otra clase de Organismos Públicos».

3.2.2. *El personal directivo de la AGE en la LOFAGE*

El artículo 6 de la LOFAGE clasifica a los órganos de la AGE, centrales, territoriales y exteriores, en superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y

directivos (Subsecretarios y Secretarios Generales, Secretarios Generales Técnicos y Directores Generales y Subdirectores generales en la organización central y Delegados del Gobierno en Comunidades Autónomas con rango de Subsecretario, Subdelegados del Gobierno en Provincias con rango de Subdirector General y Embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones Internacionales), reconociéndole además la condición de alto cargo, excepto a los Subdirectores generales y asimilados. Todos los demás órganos de la AGE se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo (artículo 6.6 LOFAGE). La creación de cualquier órgano administrativo exigirá la determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica, delimitación de sus funciones y competencias y dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento (artículo 11.2 LRJAPPAC).

De los órganos directivos con la consideración de alto cargo, los Subsecretarios, Secretarios Generales (con categoría de Subsecretarios), Secretarios Generales Técnicos (con categoría de Director General) y Directores Generales son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio, de acuerdo con los criterios de competencia profesional y experiencia, entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente (artículos 15.2 in fine, 17.3 y 18.2), sin perjuicio de que en el caso de los Directores Generales, el Real Decreto de estructura del Departamento permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario (artículo 18.2).

Para la STS (3ª, 3ª) de 6 marzo de 2007 (RJ 803) «esta cláusula constituye una concreción del principio de profesionalización de la AGE, que se consagra como principio rector que informa la reforma legislativa que impone la mencionada Ley, y que se materializa en el texto normativo, en cuanto que impone que los Subsecretarios y los Secretarios Técnicos de las Departamentos Ministeriales sean funcionarios en todo caso y los Directores Generales con carácter general. Este modelo de configuración de la organización administrativa del Estado, que se proyecta sobre la designación de los titulares de los órganos que se identifican de dirección de la AGE, en contraposición a los órganos superiores de naturaleza estrictamente política, se justifica, según la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997 "como garantía de objetividad en el servicio a los intereses generales", en cuya virtud, los Directores Generales, caracterizados como altos cargos con responsabilidad directiva, que asumen funciones de gestión de las políticas públicas, habrán de nombrarse entre funcionarios a los que se exige titulación superior, salvo que el Gobierno estime que puede

dispensarse de tal condición, ateniendo a "las características específicas de las funciones" atribuidas a la Dirección General».

No obstante, este principio de profesionalización de la Administración Civil del Estado, en lo que respecta al nombramiento de los Directores Generales, no tiene carácter absoluto, ya que el artículo 18.2 LOFAGE remite a una norma reglamentaria de naturaleza organizativa para que apruebe la estructura de cada Departamento y establezca si el titular de la Dirección General ha de reunir o no la condición de funcionario público, y contiene una habilitación expresa al Gobierno para que determine qué Direcciones Generales de los distintos Ministerios pueden ser desempeñadas por personas que no reúnen la condición de funcionario público

En este sentido, ha considerado la jurisprudencia[17], que la excepción prevista en el artículo 18.2 de la LOFAGE permite al Consejo de Ministros excluir que una determinada Dirección General sea servida, de modo obligado, por funcionario de carrera de nivel superior; y que tal exclusión ha de ser contemplada en el Real Decreto de estructura del Departamento y tener como causa las "características específicas" de las funciones atribuidas a la Dirección General. Esto implica que el Consejo de Ministros, como titular de la potestad de nombramiento, puede designar bien a un funcionario o bien a persona que no ostente tal condición, aunque sí debe reunir los criterios de profesionalidad y experiencia exigibles. Para ello la justificación ha de ser objetiva y razonable, aunque la LOFAGE no ha establecido las "características específicas" que hacen posible tal excepción, pero la jurisprudencia considera que "vendrá justificada por el hecho de que las funciones de una determinada Dirección General no se correspondan con las correlativas, en cuanto a preparación, experiencia y cometido, asignadas a aquellos funcionarios".

Los nombramientos de los Subdirectores Generales se efectuarán entre funcionarios de carrera de la AGE y, en su caso, de otras Administraciones públicas cuando así lo prevean las normas de aplicación y que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, de acuerdo con los criterios de competencia profesional y experiencia y conforme al sistema previsto en la legislación específica (artículo 19.2). De otro lado, los nombramientos de los Secretarios Generales habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos para el nombramiento de los Directores Generales entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada (artículo 16.3 in fine).

[17] STS (3ª, 3ª) de 6 marzo de 2007 (RJ 803) y de 21 de marzo de 2002 (RJ 2622).

Sin embargo, esta forma de nombramiento de los órganos directivos (o de los altos cargos, según se mire) no es una apuesta por la profesionalización de la alta Administración, sino una reserva de los puestos directivos en favor de los cuerpos de élite de la Administración española. En todo caso, el sistema sigue siendo de designación política, si bien, para algunos puestos directivos se aplica el «spoil system» de circuito cerrado[18].

La LOFAGE opta por organizar la función directiva en lo que se refiere al acceso a tal condición mediante el mecanismo simple de la reserva de los puestos de dirección a quienes tuvieran la condición de funcionarios públicos, sin contener una regulación mínima del resto de elementos que constituyen la relación jurídica del directivo público; además, el modelo se presenta abierto en cuanto admite excepciones al principio general de que los puestos directivos deban ser provistos por funcionarios públicos. De todas las opciones de organización de una función directiva en el ámbito de la AGE esta era sin duda la más fácil y la menos conflictiva[19].

3.2.3. *El personal directivo de los organismos públicos de la AGE en la LOFAGE*

El artículo 47 de la LOFAGE homologa al personal no directivo funcionario y laboral de los Organismos Autónomos estatales al de la AGE, sin perjuicio de las peculiaridades que excepcionalmente pudiera establecer la ley de creación de cada organismo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal y la obligación de éste de aplicar las instrucciones sobre recursos humanos establecidas por el MAP y a comunicarle cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su ley de creación.

El artículo 55 de la LOFAGE somete al personal de las Entidades Públicas Empresariales al Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la AGE y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación. Dicho precepto contiene, en sus apartados 2, 3 y 5, previsiones sobre selección del personal de las Entidades Públicas Empresariales, determina-

[18] Jiménez Asensio, R.: "La carrera (político) funcionarial o el tímido retorno de la figura del cesante". Rep. Aranzadi del Tribunal Constitucional 4/2000 (Estudio) (BIB 2000, 179).

[19] Palomar Olmeda, Alberto: "El modelo de directivos públicos en la AGE". Actualidad Jurídica Aranzadi 700/2006 (Comentario) (BIB 2006, 117).

ción de sus condiciones retributivas y las competencias que le correspondan sobre este personal que, en todo caso, serán, las que tengan legalmente atribuidas los Organismos Autónomos. Como afirma la STSJ de Madrid (3ª, 3ª) de 21 de enero de 2005 (JUR 87811) «en relación al personal de las EPE el artículo 55.1 dispone que éste se rige por el Derecho laboral, si bien la selección de este personal laboral se hará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que es una manifestación de que ese personal laboral, al desempeñar su trabajo en un ente público, se rige en su selección por los principios propios de la selección de personal, funcionario o laboral, típicos de toda Administración Pública, pues no solo las EPE tienen personal laboral a su servicio, sino que éste existe también en las Administraciones territoriales y en los Organismos Autónomos, aunque limitado a determinadas plazas».

En lo que atañe a personal directivo, el artículo 6.7 de la LOFAGE dispone que los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus órganos directivos y el artículo 46 remite para el nombramiento de los titulares de los órganos de los Organismos Autónomos a las normas aplicables a la AGE. El artículo 62.1 de la LOFAGE dispone que los estatutos de las entidades públicas empresariales determinarán de los máximos órganos de dirección del Organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación (apartado a), y las funciones y competencias del Organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar, y la distribución de las competencias entre los órganos de dirección, así como el rango administrativo de los mismos en el caso de los Organismos Autónomos y la determinación de los órganos que, excepcionalmente, se asimilen a los de un determinado rango administrativo, en el supuesto de las entidades públicas empresariales (apartado b). A los efectos de esta Ley, los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la AGE, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos (artículo 54.2 de la LOFAGE).

Estas disposiciones trasladan a los Organismos Autónomos de la AGE las prescripciones sobre nombramiento de titulares de los órganos de ésta, no conteniendo regulación alguna sobre selección de personal directivo de estos organismos, a diferencia de lo que ocurre con las Entidades Públicas Empresariales que, siendo escasas, están presentes en la LOFAGE, cuyo 55.2 innova regulando el personal directivo sujeto al Derecho Laboral de las Entidades Públicas Empresariales, estableciendo que éste debe determinarse en los estatutos de la entidad, nombrados atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada conforme a criterios de competencia profesional y experiencia; sin perjuicio de que algún pronun-

ciamiento judicial haya aplicado otra fórmula de ingreso[20], y que la determinación y modificación de sus condiciones retributivas requerirán el informe conjunto, previo y favorable de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda.

En los Organismos Autónomos de la AGE, el silencio normativo sobre la materia y la homologación de su personal funcionario y laboral al de ésta solventa el nombramiento del personal que ocupe puestos directivos aplicando las disposiciones generales sobre la materia contenidas en el artículo 20.1.b) de la LMRFP hasta la entrada en vigor del EBEP. La escala de personal se representaría desde los altos cargos al frente de los órganos superiores de dirección, el personal de plantilla que ocupe puestos de carácter directivo establecido en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo preferentemente funcionario aunque con la posibilidad de ser contratado laboralmente si sus normas específicas así lo prevén[21] mediante una relación laboral común o en su caso especial[22], y el resto del personal funcionario y laboral.

3.2.4. *La configuración y el concepto del personal directivo sometido a régimen jurídico–laboral*

La LOFAGE configura al personal directivo de las Entidades Públicas Empresariales de la Administración General del Estado como un escalón intermedio entre los órganos superiores de dirección de estos organismos fijados en sus Estatutos, cuyos titulares tienen la consideración de alto cargo[23], y demás órganos de dirección o incluso puestos directivos singularizados sin carácter orgánico y la plantilla del personal del organismo. Esto constituye una novedad,

[20] Como es el derecho de elección a integrarse como fijo (en este caso indefinido no fijo) en la empresa cedente o cesionaria en un caso de cesión ilegal de trabajadores. Así, vid STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 28 de julio de 2005 (AS 2595) que declara el derecho del director de la página web de la Entidad Pública Empresarial AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, personal contratado por Centros Logísticos Aeroportuarios, S.A. (CLASA) y cedido a AENA.

[21] Posibilidad expresamente admitida por STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) declarando la legalidad del precepto del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos que permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área.

[22] La STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 21 de junio de 2002 (AS 2250) declara la legalidad de la contratación laboral de alta dirección del Gerente de Imprenta del Organismo Autónomo Boletín Oficial del Estado, al disponerlo expresamente la Disposición Adicional del RD 415/1985, de 27 de marzo.

[23] Artículo 1.2.c) de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y altos cargos de la Administración del Estado y posteriormente artículo 3.2.e de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de miembros de Gobierno y Altos Cargos de Administración.

puesto que, hasta esta norma, la carencia de una regulación específica de esta materia era la tónica. Sin embargo, ni se establece un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas ni se impone, en principio, que este personal tenga que estar vinculado al organismo mediante una relación laboral especial de alta dirección del RD 1382/1985.

El artículo 1.2 del RD 1382/1985 presupone una distinción básica entre las figuras del alto cargo laboral (sujeto a relación laboral especial), el consejero o directivo pasivo (excluido del Derecho del Trabajo), y el simple directivo (sujeto a relación laboral común)[24]. Por ello, los tribunales del orden social, salvo algún pronunciamiento que declaró la nulidad de un contrato de alta dirección suscrito por una Universidad Pública[25], comenzaron a aplicar a los directivos de los organismos públicos la doctrina sobre esta relación laboral especial. Para ello, habría que considerar que «El espacio contractual propio de la relación laboral de alta dirección limita, hacia arriba, con la figura de los denominados consejeros pasivos, cuya actividad se reduce pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo (art. 1.3.c ET); y, hacia abajo, con la figura del directivo común o medio, encargado de tareas directivas que ni tienen la amplitud de las que son propias del alto cargo, ni se ejecutan con la autonomía característica con la que éste actúa[26]».

En el ámbito de los organismos públicos el límite que en el sector privado suponen los consejeros pasivos se amplía a los altos cargos, excluidos de la relación laboral especial de alta dirección; así algún pronunciamiento judicial ha considerado altos cargos, negando la relación laboral, en los casos de los Presidentes de los Consejos de Administración de la Junta de Obras del Puerto de Melilla y de la Autoridad Portuaria de Cartagena[27]; pues las Autoridades portuarias son personificaciones de Derecho público, verdaderas Administraciones públicas[28], por lo que no es posible considerar laboral, ni común ni espe-

[24] Alonso Olea, M./Casas Baamonde, Mª. E.: Derecho del Trabajo. Civitas. Madrid, 2007, pág. 78.

[25] STSJ (Social) de la Comunidad Valenciana (Social) de 25 marzo (AS 487).

[26] Luján Alcaraz, J.: "Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral". Aranzadi Social nº 14/2002.

[27] STSJ de Murcia (Social) de 25 de abril 1997 (AS 1977). STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 6 de febrero (AS 1241).

[28] Dictamen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de junio de 1997 (ref. R. D. 194/97), sobre Declaración de lesividad de actos separables. Adjudicación de contrato laboral de alta dirección con el Presidente de la Autoridad portuaria.

cial, la relación entre el Presidente de la Autoridad portuaria con esta Entidad pública. Posición igualmente defendida por la STS (3ª, 7ª) de 30 de mayo de 2006 (RJ 3352), que confirmó la STSJ de Galicia (Contencioso–administrativo, Secc. 1ª) de 8 de marzo de 2000 (RJCA 872)[29].

Es significativo que no haya prosperado algún intento de regular el titular del órgano directivo de una entidad pública empresarial, calificando su relación con el organismo como laboral especial de alta dirección, a la vista de informes de distintos centros directivos de la Administración General del Estado que defendían su carácter de alto cargo, pese a que el Consejo de Estado no objetara esta posibilidad[30], como sí lo hizo cuando consideró alto cargo al titular del máximo órgano de dirección de la Entidad Pública Empresarial RED.ES[31].

Sin embargo, no planteó problemas que el Estatuto de algún organismo recogiera la previsión expresa de que su personal directivo estuviese vinculado a éste mediante relación laboral especial de alta dirección. Así, el artículo 14 del Estatuto del Instituto de Crédito Oficial, aprobado por RD 706/1999, de 30 abril, establece que la relación jurídica de los Directores generales será laboral de alta dirección y que el nombramiento y remoción de los Directores generales corresponde igualmente al Presidente. De otro lado, la Disposición Transitoria Segunda del RD 433/2004, de 12 marzo, que aprueba el Estatuto del Museo Nacional del Prado prevé la opción de integración como personal laboral en régimen especial alta dirección o fuera de convenio a determinados funcionarios con puestos directivos; y será nombrado y separado por la Comisión Permanente del Real Patronato, a propuesta del Director, de acuerdo con las condiciones legales aplicables en cada caso.

[29] Igualmente, STSJ de Cataluña (3ª, 1ª) de 12 de abril de 2002 (JUR 206223), declarando la nulidad del contrato laboral especial de alta dirección del Presidente de la Autoridad Portuaria de Tarragona.

[30] Caso del RD 164/2002, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Red.es, que suprime la prescripción que figuraba en el proyecto de que el Director General estuviera vinculado al organismo mediante contrato laboral de alta dirección, al existir informes que consideraban que al ser alto cargo estaría excluido de esta relación laboral, pese a la posición contraria del Consejo de Estado en su Dictamen núm. 101/2002, de 31 de enero, sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RED.ES.

[31] El Dictamen del Consejo de Estado núm. 101/2002, de 31 de enero, sobre Proyecto de RD de aprobación del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial RED.ES, señala que el Director General es alto cargo a la vista de la fijación de sus retribuciones en la Ley de Presupuestos, por lo que no podría tener un contrato laboral de alta dirección. Finalmente el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Red.es, aprobado por RD 164/2002, de 8 de febrero, no recoge la referencia de que el Director General esté vinculado al organismo mediante relación laboral especial de alta dirección.

No faltan otros casos similares, así podemos citar la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 415/1985, de 27 marzo, que dispuso que el Gerente de la Imprenta Nacional del BOE, adscrito a la Dirección General, designado libremente por el Presidente del Consejo Rector, estuviese vinculado al mismo mediante relación laboral especial de alta dirección, incluso aunque no cumpliese los requisitos previstos en el RD 1382/1985, como decretó la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 21 junio de 2002 (AS 2250). O la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 353/1992, de 11 de diciembre, de la Xunta de Galicia, que establece la estructura orgánica de la Consellería de Economía y Hacienda, al prever que "los puestos de director del Centro del Proceso de Datos, directores adjuntos y cuatro jefes de división, se podrá llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1382/1985»; disposición acorde a la legalidad según la STS (3ª, 7ª) de 18 de octubre de 1999 (RJ 1398), que considera que no vulnera el derecho a acceder a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad.

3.2.5. *El personal directivo laboral de los organismos públicos de la LOFAGE*

A) Selección, nombramiento y consideración como laboral de la relación jurídica del personal directivo de los organismos públicos de la LOFAGE.

La ausencia de «un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas [STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762)] llevó a pronunciamientos judiciales que excluyeron al personal directivo de los organismos públicos de la relación laboral especial de alta dirección[32]. Así, la STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 24 de febrero de 1995 (AS 757)[33] afirma «si bien no hay un concepto especial de alta dirección para las Administraciones Públicas y si éstas en virtud de las normas del Derecho Administrativo no pueden en principio delegar "poderes inherentes" a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores, de ello se derivarán las correspondientes restricciones en la aplicación de este tipo de contratos, pero

[32] Así, la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 18 de octubre de 2002 (JUR 23693), con cita a numerosas sentencias de dicha Sala. STSJ del País Vasco (Social) de 28 de octubre de 1997 (AS 3534).

[33] Iguales argumentos en SSTSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 26 de febrero (AS 872), de 28 de enero de 2000 (AS 3652), de 15 se septiembre de 2001 (JUR 68831), de 14 de febrero de 2001 (AS 3774), y de 7 febrero de de 2006 (AS 2007, 1473).STSJ del País Vasco (Social) de 3 marzo de 1998 (AS 1296). SSTSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 25 de enero de 1995 (AS 188), y de 6 de febrero de 1997 (AS 1241).

sin que en ningún caso sea posible dispensar la concurrencia de alguno de los requisitos que delimitan la alta dirección, permitiendo que se otorgue esta calificación a trabajos que no cumplen las exigencias legales, perfilando la doctrina legal los requisitos para merecer tal consideración, a la luz del artículo 1.2 del RD 1382/1985", que son:

"1.º) Ejercitar poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en "el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas" [STS (Social) de 6 marzo de 1990 (RJ 1990, 1767)], con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento [(STS (Social) de 18 marzo de 1991 (RJ 1870)].

2.º) Los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la "íntegra actividad de la misma o aspectos trascendentales de sus objetivos" [(SSTS (Social) de 30 enero y 12 de septiembre de 1990 (RJ 233, 6998)].

3.º) Actuación con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que han de excluirse quienes reciben instrucciones de otros órganos de dirección de la entidad empleadora [SSTS (Social) de 13 mayo y 12 septiembre 1990 (RJ 2065, 6998)]».

Los tribunales han matizado que en las entidades públicas complejas se cumplen los criterios funcionales cuando sus cometidos se extienden, si no a la integridad de la actividad de la empresa pública, sí a aspectos trascendentales de sus objetivos; pues la calificación no se modifica por compartir facultades con otros directivos, cuando "se alcanza la máxima responsabilidad directiva de un área funcional que afecta trascendentalmente al conjunto o gran parte de las funciones de una empresa pública [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2001 (AS 3774)].

En atención a la concurrencia de los requisitos referidos, los tribunales del orden social califican la relación del directivo cesado como laboral común o especial de alta dirección caso por caso, declarando la improcedencia del despido en el primer caso o convalidando la validez del cese por desistimiento empresarial en el segundo. Así, se elaboró una amplia casuística, que no estimó como relación laboral de alta dirección a la Directora del Centro de Orientación y Empleo y Secretaria del Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid [STS (Social) de 17 de junio de 1993 (RJ 4762)], al Administrador del Parador Turístico de Puerto Lumbreras [STS (Social) de 12 de septiembre de 1990 (RJ 6998)], al Gerente del

Servicio de Emigrantes Retornados de la Diputación Provincial de Cádiz [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 24 febrero de 1994 (AS 757)], ni al Supervisor y coordinador de obras municipales e Inspector General de Servicios del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 7 febrero de 2006 (AS 1473)], tampoco al Administrador de Distrito Sanitario del Servicio Andaluz de Salud [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 15 de septiembre de 2000 (JUR 68831) y STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 25 de enero (AS 188)] ni al Responsable de Área de Turismo de Mancomunidad Intermunicipal Islantilla [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 26 de febrero de 1999 (AS 872)] o al Gerente Delegado del Teatro Principal de Valencia, de la Entidad de Derecho Público "Teatres de la Generalitat Valenciana" [STSJ de la Comunidad Valenciana (Social) de 1 de diciembre de 1997 (AS 7033)].

Por el contrario, sí se han considerado altos directivos al Director de la Orquesta Joven de Andalucía de la Empresa de Gestión de Programas Culturales de la Junta de Andalucía [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2002 (AS 3774)], al Director del Instituto Municipal de Bienestar Social del Ayuntamiento de Vitoria [STSJ del País Vasco (Social) de 3 marzo de 1998 (AS 1296)], al Administrador–Gerente del Hospital Municipal de Écija, constituido como organismo autónomo local [STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 28 de enero de 1999 (AS 2000, 3652)], a la Directora Gerente del Ente Público Hospital de Fuenlabrada [STSJ de Madrid (Social, Sección 1ª) de 28 de noviembre de 2005 (AS 2006, 166)], a la Directora de Gestión y Servicios Generales del Hospital Nuestra Señora de los Reyes de la isla de El Hierro y su área de Salud [STS (Social) de 2 de abril de 2001 (RJ 4124)], al Gerente para la Autoridad Única del Transporte de Gran Canaria [STSJ de Canarias/Las Palmas (Social, Sección 1ª) de 31 de marzo de 2004 (AS 2005, 747)] y al Director del Centro Cultural de España en Túnez del Ministerio de Asuntos Exteriores [STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 15 de junio de 1999 (AS 2000, 3199)], al Gerente del Hospital Dos de mayo de Barcelona [STSJ de Cataluña (Social) de 19 de noviembre de 2005 (AS 2006, 639), o al Responsable del área de comunicación del Servei de Salut de les Illes Balears (IBSALUT) [STSJ de Islas Baleares (Social, Sección 1ª) de 25 febrero de 2004 (AS 1599)], al Gerente del Organismo Autónomo Servicio Provincial de Recaudación de la Excma. Diputación Provincial de Granada [STSJ de Andalucía/Granada (Social, Sección 1ª) de 30 de marzo de 2004 (AS 1981); o al Gerente Provincial de la Agencia de Desarrollo Económico de Castilla y León [STSJ de Castilla y León/Valladolid (Social, Sección 1ª) de 8 de noviembre de 2004 (AS 3070).

Para ninguno de los pronunciamientos referidos ha obstado que el trabajador hubiera suscrito o no contrato de trabajo de alta dirección, dado que «la

forma escrita es sólo "ad probationem" (art. 4.1 RD 1382/1985)[34]; pues "la Orden de convocatoria y la aceptación del cargo" constituyen un verdadero contrato por escrito[35]. Tampoco obsta que se hubiese suscrito contrato laboral común con algún alto directivo, dado que «la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y las prestaciones que constituyen su objeto[36]».

En relación a la ubicación del personal directivo en las estructuras administrativas de los Organismos públicos, el criterio utilizado ha sido el carácter directivo de un puesto de trabajo para la cobertura de puestos por el sistema de libre designación; concretamente los artículos 20.1.b) de la LMRFP y 51.2 del Reglamento General de Ingreso y Provisión de Puestos de Trabajo[37], contemplan puestos directivos que posteriormente la LOFAGE calificará como órganos directivos sin la consideración de alto cargo, como Subdirector General, Delegados y Directores regionales o provinciales y lo ampliará a los Subdelegados del Gobierno.

El problema que plantea este sistema es que obliga a motivar el carácter directivo de cada puesto de trabajo so pena de que fuera declarada improcedente la provisión del mismo mediante libre designación; sistema reservado para la provisión de puestos directivos por el fallido Anteproyecto de Ley reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública y cuestionado, desde la óptica de la pretendida profesionalización de la Función Pública, por aquellos que "por la especial naturaleza de sus funciones así se establezca". Este inciso es en realidad un portillo abierto a la más completa discrecionalidad y debería restringirse tal ámbito, de hecho ilimitado, ciñéndolo a determinados supuestos con características específicas concretas (por ejemplo, puestos de especial responsabilidad o de estricta confianza). No se ha de olvidar la rectificación que hubo de introducir la Ley 23/1988 tras la STC 99/1987 en la LMRFP para evitar eventuales desviaciones a partir del sistema originario.

La jurisprudencia considera una carga de la Administración justificar (y probar, en su caso) la pertinencia de la libre designación como método de provi-

[34] STS (Social) de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1859). STSJ de Murcia (Social) de 25 de abril de 1997 (AS 1977), STSJ de Andalucía/Málaga (Social) de 6 de febrero de 1997 (AS 1241). STSJ de Andalucía/Sevilla (Social) de 14 de febrero de 2002 (AS 3774)

[35] STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 15 junio de 2000 (AS 3199).

[36] STS (Social) de 12 de febrero de 2008 (RJ 3473) con cita a las SSTS (Social) de 11 de diciembre de 1989 (RJ 8947) y 29 de diciembre de 1999 (RJ 1427) entre otras muchas.

[37] Aprobado por RD 364/1995, de 10 de marzo

sión[38]; puesto que[39] «el sistema de libre designación previsto en la Ley difiere sustancialmente de un sistema de libre arbitrio, ya que su perfil viene delimitado por los siguientes elementos: a) tiene carácter excepcional, en la medida que completa el método normal de provisión que es el concurso; b) se aplica a puestos determinados en atención a la naturaleza de sus funciones; c) sólo entran en tal grupo los puestos directivos y de confianza que la Ley relaciona (Secretarías de altos cargos y los de especial responsabilidad; d) la objetivación de los puestos de esta última clase («especial responsabilidad») está incorporada a las relaciones de puestos de trabajo, que deberán incluir, "en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos" y serán públicas, con la consecuencia facilitación del control». También se ha considerado admisible el desempeño de puestos de trabajo de carácter directivo incluidos en la relación de puestos de trabajo por personal eventual[40].

En lo que atañe a organismos públicos, la LOFAGE y la LAE han previsto la existencia de personal directivo no identificado con altos cargos, siquiera con órganos administrativos, en lo que el Consejo de Estado califica de "puestos de personal directivo singularizados", identificando la previsión del artículo 23 de la LAE con el artículo 13 del EBEP[41].

B) El cese de los altos directivos laborales de los organismos públicos de la LOFAGE.

[38] Dictamen núm. 1489/1998 (Administraciones públicas), de 4 de junio, sobre Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública.

[39] Por todas SSTS (3ª, 7ª) de 10 de abril de 1996 (RJ 3634) y de 24 de febrero de 2004 (RJ 1893) que anulan sendas relaciones de puestos de trabajo de Consejería de la Comunidad Autónoma de Canarias por establecer el sistema de libre designación para la provisión de todas las jefaturas de servicios sin justificación de las funciones directivas a desempeñar por las mismas. STSJ del País Vasco (Contencioso–Administrativo, Sección 3ª) de 28 de septiembre (JUR 79573), STSJ de Castilla–La Mancha (Contencioso–Administrativo, Sección 2ª), de 3 de abril (RJCA 1137) y STSJ de Castilla y León/Burgos (Contencioso–Administrativo, Sección 2ª) de 30 de mayo (JUR 231924).

[40] SSTS (Contencioso–administrativo, Sección 7ª) de 23 de enero de 1997 (RJ 414).

[41] El Dictamen del Consejo de Estado núm. 2090/2007, de 25 de octubre (Administraciones públicas), sobre Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, afirma que: «El artículo 39, además de enumerar qué puestos tendrán la consideración de personal directivo de la Agencia en España y en el exterior, dispone que los puestos directivos correspondientes a los Directores geográficos, de relaciones culturales y científicas y Secretaría general serán cubiertos por funcionarios de carrera, en tanto que los puestos correspondientes al Director de cooperación sectorial y multilateral y al Director de la Oficina de Acción Humanitaria serán cubiertos en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección entre titulados superiores y atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia. En el exterior, los puestos directivos de Directores de las Oficinas Técnicas de Cooperación, de los Centros de Formación y de los Centros Culturales se cubrirán en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección […]..

Ante la ausencia de prescripción expresa de la LOFAGE sobre cese del personal directivo de los organismos públicos, los tribunales del orden social han aplicado las reglas generales para calificar un contrato laboral de alta dirección, con importantes implicaciones que afectaban, principalmente, al cese de este personal, de efectos sustancialmente distintos en función a si es una relación laboral común o especial de alta dirección. Por ello, no resulta extraño que en caso de ceses de directivos de organismos públicos, no pactados o no aceptados por el trabajador, éste accionara por despido, lo que ha dado lugar a una rica casuística sobre esta materia; en la que, si la relación laboral era común, el cese pudiera ser constitutivo de despido improcedente, al no existir causa que lo justificara, mientras que en el segundo caso, relación laboral especial de alta dirección, los tribunales han elaborado una teoría del cese donde se ha tenido en cuenta la eventual vulneración de derechos fundamentales, sobre todo cuando es consecuencia de un cambio de partido político en el Gobierno; asimilando a este personal con el de confianza o libre designación, que se antoja más fácil en tanto más detallada sea la regulación del directivo.

Muestra de ello es el caso del Ente RTVE, siendo significativa la STC 190/2001, de 1 de octubre, que considera que el cese de una mujer directiva no vulnera derechos fundamentales, puesto que no es posible homologar su situación a la de quienes tienen un contrato laboral común; quienes para tener la condición de personal fijo en RTVE han de realizar, a diferencia de los directivos nombrados por cada Director General, las correspondientes pruebas de admisión; beneficio que "constituye un hecho distintivo, nacido de la función desempeñada y de la normativa que la regula, que impide concluir que se está ante situaciones iguales que deban ser tratadas igualmente", por ello, no puede aplicarse igualdad en el régimen extintivo. Esta postura ha sido seguida por los tribunales ordinarios, que han afirmado que la relación de los directivos de este Ente Público, sin consideración de alto cargo, presenta una cualificación jurídico laboral especial por derivar de la Instrucción 3/1986, Estatuto interno de Directivos del Ente Público RTVE, y su cese por pérdida de confianza del Director General no puede calificarse de despido[42].

Esta misma doctrina ha sido aplicada a FEVE; considerándose legal el cese de un directivo, nombrado libremente en virtud de "la discrecionalidad de la que goza la Presidencia del FEVE, característica de las decisiones administra-

[42] SSTSJ de Madrid (Social, Sección Sexta) de 18 de octubre de 2002 (JUR 2003, 23693), de 18 de marzo de 1998 (AS 1998, 803), y de 3 de julio de 1997 (AS 2620). Por el contrario, la STSJ del País Vasco (Social) de 26 de octubre de 1997 (AS 3534) considera el cese de un directivo no alto cargo es despido, al existir abuso de derecho en el acuerdo de libre extinción del contrato de trabajo por iniciativa del empresario sin causa alguna y sin compensación.

tivas en materia de autoorganización de sus servicios (SSTC 57/90, 293/93 y 49/03)", y cesado de igual forma; rechazando vulneración del derecho a la libertad ideológica [STSJ de Madrid (Social, Sección 2ª) de 10 enero de 2006 (AS 948)].

Para la generalidad de organismos públicos sin normativa específica en la materia, la STS (3ª, 7ª) de 30 de mayo de 2006 (RJ 3352) proclama que «toda vinculación profesional con una Administración Pública, tiene que ir precedida de un proceso selectivo regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución). Que la exclusión de esas exigencias constitucionales, a través de la libre designación, se justifica en los cargos de confianza política. Y que esa confianza es la que aconseja que el cese sea igualmente libre». En estos casos prima la relación de confianza, que posibilita que el cese de la persona que le nombró implique, a su vez, como ocurre con el personal eventual, el cese del directivo[43].

Es llamativa la postura que defiende que «ante la falta de normativa específica para el personal de confianza de las Administraciones Públicas, debe estimarse correcta la contratación bajo la modalidad de alto cargo aunque no fuera considerado como personal de confianza de primer grado, pues no cabe duda que sus funciones estaban integradas dentro del espíritu general que informa la contratación de los cargos de confianza y por ello nada obstaba al desistimiento previsto en el artículo 10 del RD 1382/85 y al abono del período de preaviso [STSJ de Islas Baleares (Social, Sección 1ª) de 25 febrero de 2004 (AS 2004, 1599)]».

Más contundente se muestra el Auto del Tribunal Constitucional (Sala 2ª) 206/1999, de 28 julio, al declarar que "el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida al Real Decreto 1382/1985 no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas" refiriéndose al puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico, asimilable a alto cargo o personal eventual de confianza política; pues estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que actúa materialmente como organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones, y por otro de una persona libremente elegida y nombrada por el Patronato de la Fundación, que suscribió el contrato con la entonces Presidenta de dicha Fundación (la Ministra de Cultura); pues ejercía sus competencias sometido a las directrices de política teatral y musical diseñada por el Patronato y cuyo puesto era asimilable, en cuanto al régimen de

[43] STSJ de Baleares (Social) de 24 de octubre de 2008 (AS 2931). En el mismo sentido, STSJ de Baleares (Social, Secc. 1ª) de 25 de febrero de 2004 (RJ 1599), STSJ de la Rioja (Social) de 14 de noviembre de 2008 (AS 249), STS (Social) de 2/4/2001 (RJ 4124).

nombramiento y de cese, a los altos cargos de la Administración o incluso al personal de libre designación (SSTC 17/1996, 24/1992, 127/1995, 154/1998 y ATC 81/1996)[44]».

En cualquier caso, no deja de resultar criticable que los tribunales, que han sido capaces de crear por vía jurisprudencial la figura del personal indefinido no fijo de las Administraciones Públicas, sin reflejo legal hasta su inclusión en el artículo 8.1.c) del EBEP, y que surgió como respuesta a las irregularidades en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas[45], pero desnaturalizando el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, sean, sin embargo, reacios a establecer por vía jurisprudencial un concepto de alto directivo laboral. Y es que, sin perjuicio de que ha habido intentos puntuales, ante la declaración de que la relación que vincula al directivo con el organismo público es laboral común, lleva a las Administraciones públicas a afrontar indemnizaciones por despido improcedente de cuarenta y cinco días por año más salarios de tramitación en lugar de los siete días año sin salarios de trámite establecidos por el RD 1382/1985; lo que, considerando los elevados sueldos del personal directivo de los organismos públicos, supone un importante quebranto para la Hacienda Pública. Como siempre, la cuerda se rompe por su parte más débil.

3.3. **EL personal directivo laboral en la Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos: una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985**

La Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos (en adelante LAE), destaca en su Exposición de Motivos «la inclusión de la categoría de personal directivo de las Agencias Estatales que se proveerá, mediante procesos internos de selección». Esta Ley modificó el artículo 43 de la LOFAGE introduciendo una nueva tipología de organismo público de la Administración General del Estado, al añadir las agencias estatales; lo que tendrá un importante efecto, tanto en la Administración General del Estado como en las Comunidades Autónomas, dada la tendencia de éstas a seguir los modelos estatales; pues, la mayoría de los Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales deberán transformarse en agencias estatales en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 28/2006, de 18 de julio, por aplicación de su Disposición Adicional Quinta 1.

[44] Una visión crítica de esta resolución en Moreno Fuentes, Rodrigo: "Derechos fundamentales y relaciones laborales de alta dirección en una fundación constituida por una entidad pública". Revista Española de Derecho Constitucional núm. 60. Septiembre–Diciembre 2000, págs. 289–317.

[45] Por todas, SSTS (Social, Sala General), de 20 y 21 de enero de 1998 (RJ 1000 y 1005).

El artículo 18 de la LAE regula al personal de las Agencias estatales, y dejando a salvo al personal directivo, distingue entre aquel que esté ocupando puestos de trabajo en servicios que se integren en la Agencia estatal en el momento de su constitución (apartado 1.1), el personal que se incorpore a ésta desde cualquier Administración pública por los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo previstos en esta Ley (apartado 1.b) que mantiene en ambos casos la condición de personal funcionario, estatutario o laboral de origen, de acuerdo con la legislación aplicable (artículo 18.2) y el personal seleccionado por la Agencia estatal, mediante pruebas selectivas convocadas al efecto (artículo 18.1.c). El personal funcionario y estatutario se rige por la normativa reguladora de la función pública correspondiente, con las especialidades previstas en la ley y las que, conforme a ella, se establezcan en el Estatuto de cada Agencia y personal laboral que se rige por el Estatuto de los Trabajadores y el resto de normativa laboral (artículo 18.3).

En relación al personal directivo de las Agencias estatales, el artículo 23.1 de la LAE lo define como el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en sus Estatutos en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas. Es nombrado y cesado por su Consejo Rector a propuesta de sus órganos ejecutivos, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia entre titulados superiores, preferentemente funcionarios, y mediante procedimiento que garantice el mérito, la capacidad y la publicidad (artículo 23.2), está sujeto, en el desarrollo de sus cometidos, a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia, eficiencia y cumplimiento de la legalidad, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que le hayan sido fijados (artículo 23.4), y percibe una parte de su retribución como incentivo de rendimiento, mediante el complemento correspondiente que valore la productividad, de acuerdo con los criterios y porcentajes que se establezcan por el Consejo Rector, a propuesta de los órganos directivos de la Agencia Estatal (artículo 24.5). El Estatuto de cada Agencia Estatal puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección (artículo 23.3).

Si bien la existencia de puestos directivos sujetos a régimen laboral, según las previsiones del Estatuto de cada organismo público, no es nueva, puesto que ya lo preveía el artículo 55.2 de la LOFAGE, sí es novedosa; por cuanto la previsión de que estos puestos directivos deban cubrirse mediante contratos de alta dirección, constituye una inclusión constitutiva en el ámbito subjetivo de aplicación del RD 1382/1985, pese a que no reúnan los requisitos exigidos por su artículo 2. Y así la STSJ de Madrid (Social, Sección 6ª) de 21 junio de 2002 (AS 2250) precisa que «no puede aceptarse la tesis de que, existiendo norma expresa que atribuye el carácter de alta dirección a una relación, deba exigirse

que en ella concurran los requisitos del artículo 1 del RD 1382/1985, pues tal interpretación vaciaría de contenido a tal norma específica al no existir ningún caso al que se pudiera aplicar.

Esta inclusión es análoga a la realizada, para los puestos directivos del personal de la Administración del Estado destacado en servicios en el exterior encargado de la realización de funciones en materia de cooperación oficial para el desarrollo, por el artículo 30.2 de la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, que señala que podrán ser desempeñados por personal contratado por una relación laboral especial de las previstas en el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores; o para los directivos de hospitales y centros sanitarios del Sistema Nacional de Salud realizaran las Disposiciones Final Séptima de la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, y Adicional Décima 4 de la Ley 30/1999, de 5 octubre, sobre Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario de los Servicios de Salud[46].

Al igual que ocurriera con el personal directivo de los organismos públicos de la primitiva redacción del artículos 43 de la LOFAGE (Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales), el de las Agencias Estatales sigue teniendo el límite por arriba de los altos cargos, sujetos a una relación administrativa que excluye su calificación como laboral[47], situándose como estadio intermedio entre éstos y el personal ya funcionario, ya laboral de plantilla.

[46] Luján Alcaraz, J.: "Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral". Aranzadi Social nº 14/2002. La STS (Social, Sala General) de 2 abril 2001 (RJ 4124) señala que «la normativa reguladora del personal de alta dirección se aplica a determinados directivos de centros sanitarios los cuales no cumplen en absoluto, los requisitos y presupuestos necesarios para poder ser incluidos en el concepto de personal de alta dirección».

[47] En este sentido, el Dictamen núm. 52/2008, de 21 de enero, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje, se pronuncia: «2.5. Segundo informe de la Subdirección General de Organización del Ministerio de Administraciones Públicas (10 de diciembre de 2007) […] Así, en tanto se preveía que la cobertura del puesto de Director de la Agencia se haría mediante un contrato laboral de alta dirección, se recuerda que, conforme a la Ley de Agencias, el régimen jurídico aplicable al Director es el de los altos cargos. Además, a efectos de la determinación de los requisitos para poder ser nombrado Director, se indicaba la necesidad de concordarlos con lo dispuesto en el RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales». Tras este dictamen desaparece del proyecto de Decreto la referencia a contrato de alta dirección del Director General del organismo.

4. EL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO. LOS ELEMENTOS DEL EBEP PARA LA DEFINICIÓN DEL PERSONAL DIRECTIVO LABORAL DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS

El Estatuto Básico del Empleado Público, que incluye en su ámbito de aplicación a los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (artículo 2.1), contiene en su Exposición de Motivos dos referencias al personal directivo, una al justificar la tipología de empleados públicos y otra al justificar el sistema de incompatibilidades, que habrá de adaptarse al nuevo régimen jurídico previsto en el Estatuto.

En relación a las incompatibilidades, la Disposición Final Tercera apartado 2 del EBEP, modifica la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio del sector público, disponiendo, la nueva redacción del artículo 16.1, que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. En ese sentido, la Disposición Final Tercera refuerza la total incompatibilidad del personal directivo, incluido el laboral, para el desempeño de cualquier actividad privada. Y además se incluye en el personal sujeto a la Ley 53/1984 […], al personal al servicio de Agencias, así como de Fundaciones y Consorcios en determinados supuestos de financiación pública, como consecuencia de la aparición de nuevas figuras y entes».

Junto a estas precisiones, el EBEP dispone que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley (artículo 13.4), para lo que excluye de la obligatoriedad de la negociación a esta materia (artículo 37.2.c del EBEP); aspecto que no será tratado en este trabajo por exceder del objeto de estudio.

4.1. La relatividad de la reserva de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del Estado

La proposición final del artículo 13.4 del EBEP dispone: «cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección», lo que debe compatibilizarse con la prescripción del artículo 9.2 del EBEP, que determina que, en todo caso, el desempeño de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponde

exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca; prescripción que se complementa en la Administración local con la previsión de la Disposición Adicional Segunda 1.1 del EBEP, que determina que son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico–financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería.

Asimismo, hemos de añadir que el artículo 14.4 del EBEP determina que las relaciones laborales de los directivos de organismos públicos regidos por el Derecho laboral sea la especial de alta dirección desde su entrada en vigor, sin contemplar esta ley disposición transitoria alguna que determine lo contrario, por lo que debe aplicarse inmediatamente desde su entrada en vigor, derogándose desde ese momento las disposiciones de inferior rango (Disposición Derogatoria Única g) del EBEP).

Por lo que respecta al ejercicio de funciones públicas, ya la STC 99/1987, de 11 de julio, consideró que deben ser desempeñadas por funcionarios públicos, declarando inconstitucional el artículo 15 de la LMRFP que, tras su reforma por Ley 23/1988, dispuso que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos, contemplando una serie de excepciones. Así, se contemplaba que podrían cubrirse mediante contratación laboral los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

La jurisprudencia constitucional considera imprescindible establecer la distinción entre personal laboral y personal funcionario al servicio de las Administraciones Públicas "cuyas condiciones de trabajo se regulan por normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos como producto de una relación estatutaria, mientras que en el primero, en parte por las leyes y reglamentos y en parte también por convenios colectivos y/o por contratos individuales entre el trabajador y el ente público, al igual que ocurre entre los particulares (STC 57/1982). La delimitación entre personal funcionario y laboral, que ha de realizarse por el legislador no es norma básica, por lo que habrá que estar a las CCAA. Podrán existir distintos criterios de delimitación entre uno y otro personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas, pero, en todo caso, habrán de ser objetivos y venir marcados por la organización administrativa y establecidos por el legislador.

El criterio más defendido por la doctrina[48] para establecer la frontera entre el personal sometido a régimen laboral y el sometido a régimen funcionarial ha sido el de la función. En todo caso pueden observarse algunas muestras de convergencia entre funcionarios y personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, independientemente de la naturaleza del empleador o de la relación jurídica que une a éstos con el mismo[49].

En este sentido, la STS (3ª, 3ª) de 29 de mayo de 1996 (RJ 4449) rechazaría la impugnación del Estatuto del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos por cuanto permitía la contratación laboral a puestos directivos de Directores de Área. O la STS (3ª, 3ª) de 26 de enero de 2000 (RJ 10108) declararía la legalidad del artículo 17.2 del Estatuto de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, a cuyo tenor: «El Consejero–Director general será nombrado y cesado libremente por el Consejo de Administración de entre sus miembros a propuesta del Presidente», y desestimó el argumento de que la relación de naturaleza laboral entre la Entidad y su Consejero–Director General ocasionaría la manifiesta incompetencia de éste para ejercer potestades administrativas en materia de personal, puesto que: «tal previsión queda amparada por lo dispuesto en el artículo 12.2.f) de la LOFAGE, la cual, además, prevé explícitamente en su artículo 54.1, sin exigencia alguna de una hipotética naturaleza funcionarial del titular del órgano, que las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sean ejercidas por los órganos de éstas a los que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad».

La LOFAGE determinó que los Entes Públicos se transformarán en Entidades Públicas Empresariales, que podían ejercitar potestades administrativas de acuerdo con sus Estatutos [(artículos 53.2, 54 y 62.1.b)], y que podían ser ejercidas por órganos cuyos titulares tuvieran la condición de alto cargo o personal directivo sujeto a relación laboral especial de alta dirección o común, pese a que la Disposición Adicional Decimoséptima de la LMRFP había dejado sin efecto las disposiciones que permiten la adscripción de funcionarios a Entes públicos contenidas en sus leyes específicas, que determinaba que las plantillas de estos organismos públicos estuvieran integradas exclusivamente por personal laboral.

Volviendo a la reserva legal de determinadas funciones al personal sujeto al estatuto funcionarial se pronunció la STC 37/2002, de 14 de febrero, que declaró constitucional el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases

[48] Montoro Chiner, Mª J.: "Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones". RAP nº 136, 1995, pág. 186.

[49] Escudero Rodríguez, R.: "El Acuerdo para la modernización de las Administraciones y para la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos". La Ley I, 1982, pág. 83

de Régimen Local (LBRL), hoy sustituida por la Disposición Adicional 1 del EBEP de similar contenido, con argumentos aplicables al artículo 9.2 del EBEP: «El precepto en cuestión […] enumera en su primer inciso una serie de funciones, que expresamente califica como públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcionarial. Tales funciones son las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico–financiera y presupuestaria y las de contabilidad y tesorería, las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.3 de la LBRL, son funciones públicas necesarias en todas las corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional. Este elenco inicial se completa en el segundo inciso del precepto, al que se circunscribe la duda de constitucionalidad, con la consideración de que también son funciones públicas y, por lo tanto, han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial, "en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad o independencia en el ejercicio de la función".

Cierto es que respecto a las funciones no calificadas en la LBRL como necesarias en todas las Corporaciones locales el precepto cuestionado no especifica cuáles habrán de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial, remitiendo su determinación al desarrollo del mismo. Sin embargo, tal remisión, limitada a la clase de funciones referida, no es incondicionada ni carece de límites, pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar en su desarrollo la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos, cuales son la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Criterios que, aunque genéricos en su formulación, poseen un contenido susceptible de ser delimitado en cada caso en concreto en atención a las características de la función o puesto de trabajo e imponen, por lo tanto, una efectiva sujeción en la determinación de las concretas funciones, no calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, que han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcionarial…. el personal contratado no podrá ocupar puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del artículo. 92.2 LBRL, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública».

Aunque no exista referencia alguna en el artículo 13.4 del EBEP a la reserva de funciones a personal funcionario del artículo 9.2, es obvio que este último constituye un límite para el personal directivo sujeto a relación laboral

especial de alta dirección, para el que estarán vedadas tales funciones, como ha apreciado tímidamente el Consejo de Estado[50]. Más decididamente se ha pronunciado este órgano consultivo poniendo en relación al personal directivo de los organismos regulados por la LOFAGE y por la LAE en el EBEP, situando a éste último como norma de cierre del modelo de personal directivo sujeto a régimen laboral que, sin derogar ninguna de ellas sí determina su aplicación: en el caso de la LOFAGE al prever que el personal directivo de los organismos públicos sujeto al régimen laboral instrumentará su vinculación mediante relación laboral especial de alta dirección y en ambos casos no podrá realizar las funciones reservadas a funcionarios públicos por el artículo 9.2 del EBEP.

Así, el Dictamen núm. 1798/2007, de 27 de septiembre, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por RD 318/1996, de 23 de febrero, se pronuncia: «La configuración proyectada del Director Artístico del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía ha de fundamentarse en los preceptos de la LOFAGE y del EBEP. El artículo 62.1.a) de la LOFAGE establece que los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos y el artículo 46 de la misma ley prevé que el nombramiento de los titulares de los órganos de los Organismos Autónomos se regirá por las normas aplicables a la Administración General del Estado. Añade su artículo 47 que el personal al servicio de los Organismos Autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado.

El artículo 13 del EBEP establece que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración (apartado 1). Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia (apartado 2). Según el apartado 3 del mismo precepto legal, dicho personal estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de

[50] El Dictamen núm. 180/2008, de 21 de febrero, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de RD por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, afirma: «h) Artículo 38. Personal Directivo: "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la cobertura de puestos de personal directivo laboral se hará mediante contratos de alta dirección. Dado que no tiene atribuido el ejercicio de potestades públicas, tiene la condición de personal directivo laboral el Asesor Económico de la Comisión Nacional de la Competencia". Se sugiere que se elimine el inciso "dado que no tiene atribuido el ejercicio de potestades públicas", por constituir una explicación innecesaria. Basta indicar que "en particular" tiene la aludida condición de personal directivo el Asesor Económico».

eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados. El apartado 4 añade que, cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral, estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección. En este sentido, ya la LAE disponía en su artículo 23 que el Estatuto de las Agencias Estatales puede prever puestos directivos de máxima responsabilidad a cubrir, en régimen laboral, mediante contratos de alta dirección. Por otra parte, el artículo 9.2 del EBEP determina que, en todo caso, el desempeño de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca[51]».

Estas previsiones del EBEP tendrán su influencia sobre los organismos públicos de la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales, que deberán cohonestar las disposiciones específicas de cada organismo previstas en la LOFAGE para Organismos Autónomos y entidades públicas empresariales y en la LAE y las de los respectivos estatutos de cada organismo con las prescripciones del EBEP sobre personal directivo sujeto a la relación laboral especial de alta dirección.

Así, el personal directivo previsto en el Estatuto de cada Entidad Pública Empresarial de la Administración General del Estado o Agencia Estatal, sujeto a régimen laboral (artículo 55.2 de la LOFAGE), deberá estar vinculado a ésta mediante una relación laboral especial de alta dirección por imperativo del artículo 13.4 del EBEP, lo que supone una novedad en las primeras no así en las segundas dado que ya se establecía esta posibilidad en el artículo 23.2 de la LAE.

El artículo 13 del EBEP determina que la exigencia de experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada

[51] Observa Saz Cordero, Silvia (del): Contrato laboral y función pública. Marcial Pons. Madrid, 1995, pgs. 133 y ss.: «desde la perspectiva constitucional, la admisión de los contratos blindados en entes públicos y sociedades mercantiles plantea dificultades desde el momento en que muchos de ellos tienen encomendadas funciones públicas, lo que conduce a la cuestión previa de la inconstitucionalidad del derecho privado a actividades que nada tienen de empresariales o industriales […] Además, desde la responsabilidad política que la Constitución atribuye al Gobierno por el funcionamiento del sector público (art. 97) podría objetarse que ésta se ve impedida por la limitación efectiva de la facultad de dirección que supone el blindaje de los altos cargos de entes y sociedades públicas, blindaje que produciría plenos efectos no sólo frente a futuros gobiernos, sino frente al mismo Gobierno que los ha nombrado y decide revocar la confianza en ellos depositada».

conforme a criterios de competencia profesional y experiencia para el nombramiento del personal directivo prevista en el artículo 55.2 de la LOFAGE para el personal directivo de las Entidades Públicas Empresariales Estatales, o competencia profesional, experiencia y titulación superior requeridas por el artículo 23.2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, para el personal directivo de las Agencias Estatales, debe completarse con los principios de mérito, capacidad e idoneidad exigidos por el artículo 13.2 del EBEP, que si en la Ley 28/2006 eran los dos primeros principios informadores del proceso de selección de este personal, ahora se convierten en principios esenciales para el acceso al empleo público como personal directivo de estos organismos públicos, junto con el de concurrencia, que presupone el de publicidad[52]. Por último, señalar que el artículo 13 EBEP no afecta al límite que para el personal directivo constituyen los altos cargos.

La exigencia de tales principios ha sido criticada, al considerar que "una cosa es establecer requisitos de profesionalidad y otra equiparar la designación de directivos a la selección de empleados públicos o a la provisión de puestos por concurso", pues es necesario combinar garantías de profesionalidad con flexibilidad en los nombramientos de este personal, ya que su nombramiento requiere mucha agilidad difícilmente compatible con convocatorias públicas, lo que podría llevar a que su proceso de selección fuera más lento que el del resto de personal y a utilizar el sistema de designación política huyendo de la función directiva profesional[53].

[52] El Dictamen núm. 1798/2007, de 27 de septiembre, del Consejo de Estado, sobre el Proyecto de RD por el que se modifica el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía, aprobado por RD 318/1996, de 23 de febrero, afirma: «La configuración proyectada del Director Artístico del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía ha de fundamentarse en los preceptos de la LOFAGE y del EBEP […] El proyecto sometido a consulta define las funciones del Director Artístico y del Gerente teniendo en cuenta las reseñadas disposiciones. A juicio del Consejo de Estado, procede la aprobación del proyecto sometido a consulta….Únicamente cabe formular las siguientes observaciones: – En lo relativo a la designación del Director Artístico, en consonancia con lo previsto en el artículo 13 del EBEP, debería incluirse una referencia no sólo a la garantía del principio de concurrencia sino también al de publicidad. Asimismo podría precisarse que la designación atenderá a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad.

[53] Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 109.

4.2. **El diferente régimen jurídico del personal directivo en función a su condición como funcionario o como laboral en el ámbito de las Comunidades Autónomas**

El artículo 13 del EBEP otorga potestad al Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para establecer, en desarrollo del mismo, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición[54], de acuerdo, entre otros, con los principios de que es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración, su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia y, estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados (artículo 13.1, 2 y 3 del EBEP); previsión lógica a la luz del artículo 148.1.1ª de la Constitución, que atribuye a las Comunidades Autónomas potestad para asumir la organización de sus instituciones de autogobierno a través de sus Estatutos de Autonomía.

El ejercicio de esta competencia por las Comunidades Autónomas plantea una doble cuestión según se trate de personal directivo sujeto a régimen funcionarial o personal directivo sujeto a régimen laboral, dado que la regulación de uno y otro se basa en títulos competenciales distintos: la legislación básica del Estado sobre empleo público y la legislación laboral (artículos 149.1.18ª y 7ª de la Constitución, respectivamente).

El EBEP remite a las normas específicas de cada Administración la definición de estas funciones. No obstante, establece normas de obligada aplicación en todas las Administraciones Públicas por su carácter de legislación básica como que la designación del personal directivo atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia y, estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados (artículo 13.1, 2 y 3 del EBEP).

[54] Llama la atención de la doctrina que el EBEP se remita a las CCAA para que por vía reglamentaria regulen el estatuto del personal directivo, por lo que se cuestiona si no se viola el principio de reserva de ley. En este sentido MAESO SECO, L.: El personal directivo: comentarios entorno al artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado público. Dir. L. Ortega Alvárez. Estatuto Básico del Empleado público. Ed. La Ley. El Consultor. Madrid, 2007, págs. 125 y ss.

Para la regulación del régimen jurídico específico de su personal directivo, tanto de la Administración General del Estado como de las distintas Comunidades Autónomas, deberán tener en cuenta que Estatuto del empleado público define al personal directivo de manera análoga a cómo hiciera el fallido anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública, cuyas formulaciones se calificaron: «de escasa calidad –rutinarias y poco imaginativas–», al establecer que «la función directiva se ejerce por los titulares de órganos directivos y que son órganos directivos los considerados como directivos en las leyes[55]»: es personal directivo el que desarrolla funciones directivas; definición impropia de una ley básica del Estado que forma parte del bloque de constitucionalidad y que se ha justificado porque otra definición pudiera haber condicionado la normativa de desarrollo[56].

El alcance de la regulación del personal directivo diferirá según su vinculación sea administrativa o laboral, sobre todo en las Comunidades Autónomas, dado que éstas tienen facultades para regular el estatuto de su personal directivo funcionario en el marco de la legislación básica del Estado, lo que podrá comprender no sólo las funciones a desempeñar por éste sino el conjunto de derechos y deberes que comprendan su relación con la Administración.

Sin embargo, el planteamiento cambia cuando el personal directivo esté vinculado con la Administración mediante una relación laboral especial de alta dirección, al ser la legislación laboral (invocada como título competencial para la promulgación del EBEP por su Disposición Final Primera) competencia exclusiva del Estado[57] (artículo 149.1.7ª de la Constitución). Por ello, las Comunidades Autónomas podrán definir las funciones que delimitan al estatuto del personal directivo laboral de sus organismos públicos en el marco del EBEP y respetando sus determinaciones, pero ahí acabará su competencia normativa no pudiendo regular sustantivamente otros aspectos que configuran esta relación laboral especial.

Respecto del papel de las Comunidades Autónomas en la definición del supuesto de hecho que determina la conceptuación de un alto directivo laboral de un organismo público y por tanto su exclusión del Derecho del Trabajo común y su inclusión en el ámbito subjetivo del RD 1382/1985, se plantean análogas cuestiones a las que se suscitaran en su día con la exclusión constitu-

[55] Dictamen del Consejo de Estado núm. 1489/1998 (Administraciones públicas), de 4 de junio, sobre Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública.

[56] Sánchez Morón, M.: Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del empleado público. Ed. Lex Nova. Madrid, 2008, pág. 107.

[57] Una reflexión sobre el conflicto entre el RD 1382/1985 y una ley autonómica que excluye las indemnizaciones por desistimiento empresarial de los altos cargos en STSJ de Madrid (Social, Sección 1ª) de 28 de noviembre de 2006 (AS 166).

tiva del ámbito laboral la actividad «de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador» prevista en el artículo 1.3.g) in fine del TRET. En este caso se cuestionó la constitucionalidad del precepto al considerar a grandes rasgos que si la legislación laboral era competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.7ª de la Constitución), la intervención de las Comunidades Autónomas, con competencias en materia de autorizaciones administrativas de transporte, pudiera colisionar con ésta, dado que de las condiciones para la obtención de estos títulos autonómicos de transporte dependería su inclusión o exclusión de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, con lo que el concepto de trabajador podría cambiar según la Comunidad Autónoma.

La solución se antoja similar a la que diera la STC 227/1998, de 26 noviembre, si bien referida no a la exclusión total de la condición de estos sujetos de su laboralidad sino tan solo de las relaciones laborales comunes y su calificación como relación laboral especial de alta dirección: «El concepto de trabajador por cuenta ajena, a los efectos de aplicación del conjunto normativo que constituye el denominado Derecho del Trabajo, y de su regulación por la norma estatutaria a la que remite el mencionado artículo 35.2 CE, no aparece expresamente definido en la Norma Suprema y no se halla, por tanto, constitucionalizado. Es al legislador a quien corresponde, pues, su determinación y la articulación de un régimen jurídico de carácter estatutario.

La calificación como laboral o no de las relaciones contractuales y el correlativo régimen jurídico aplicable a las mismas, es tarea que incumbe al legislador estatal, ex artículos 35.2 y 149.1.7ª CE conforme a los criterios que al respecto adopte en orden a dicha configuración, para, en función de tales criterios, someter o no la prestación de servicios al ordenamiento laboral; y no encuentra otros límites que los previstos en la Constitución.

LAS RELACIONES LABORALES DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

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

EXTRACTO **Palabras Clave: : Negociación Colectiva, Universidades Andaluzas**

Las Universidades Públicas que forman parte el Sistema Universitario Andaluz han venido generando un ámbito común de regulación de las relaciones laborales de sus empleados, aleccionadas bajo la guía del principio de coordinación universitaria con finalidad de homologar y homogeneizar las condiciones de trabajo de todos los colectivos. Esta opción que en principio puede parecernos acertada plantea diversos problemas que se han revelado con el desarrollo del modelo. Problemas que están en relación con los diversos poderes normativos –estatal, autonómico, universitario y el derivado de la autonomía colectiva- y que pueden derivar de la diversidad de regímenes jurídicos distintos por los que deben regirse los colectivos de personal docente e investigador y de personal de administración y servicios. A ello hay unir la aparición de nuevas posibilidades reguladoras a consecuencia de la modificaciones de la Ley Orgánica de Universidades y del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

En el presente trabajo se analiza la articulación de las fuentes normativas de regulación del personal al servicio de las Universidades Públicas, la regulación estatutaria de los derechos colectivos de estos empleados y la exposición de algunas cuestiones que consideramos de interés en relación con los acuerdos y convenios colectivos vigentes.

ABASTRACT **Key Words: : Collective Bargaining, Universities of Andalusia**

The Public Universities that are part of the Andalusian University System have generated a common sphere of regulation of industrial relations for their employees, under the principle of university coordination with the aim to harmonise and homogenise working conditions of all collectives in the different Andalusian Public Universities. This option which, in principle, could be the correct approach, has given rise to several problems in the development of this model. The problems are related to the different regulation authorities –state, region, university and derived from collective autonomy- which must fit into the system of sources in accordance with constitutional provisions; problems that may derive from the diverse legal schemes which the teaching and researching staff and administration and services personnel collectives must be governed by; and problems which derive from establishing supra-university bargaining spheres and the topics that are subject to negotiation. New regulating possibilities for the Autonomous Community may be added to this as a result of the amendments to the Organic Law on Universities and the Statute of Autonomy for Andalusia.

This work analyses the articulation of legal sources to regulate staff at the service of Public Universities, the statutory regulation of collective rights for these employees and examines also some issues that are of interest with regard to current collective agreements.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS FUENTES NORMATIVAS DE REGULACIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA
   2.1. Personal docente e investigador
      2.1.1. Profesorado de Cuerpos Docentes Universitarios
      2.1.2. Personal docente e investigador contratado
   2.2. Personal de Administración y Servicios
      2.2.1. Personal funcionario
      2.2.2. Personal laboral
   2.3. La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público
   2.4. El papel de los Estatutos de las Universidades
3. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA
   3.1. Las representaciones unitarias y sindicales
   3.2. La negociación colectiva
4. LOS ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICA ANDALUZAS
   4.1 La homogeneización de las relaciones laborales en las Universidades Públicas Andaluzas
   4.2. Los acuerdos de homologación para el personal de las Universidades Públicas Andaluzas
   4.3. El IV Convenio Colectivo del Personal Laboral
   4.4. El I Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador laboral
   4.5. La regulación de los derechos sindicales en los convenios colectivos

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente las Universidades han sido concebidas como centros para la práctica de la docencia y de la investigación, ámbitos donde el estudio y la generación del conocimiento tienen su versión más extrema. Pero para el ejercicio de las funciones que llevan a la consecución de tales fines las Universidades precisan de empleados cuya relación de servicios están sometidas a regímenes jurídicos de diversa naturaleza. Internamente en las Universidades se han desarrollado y existen ámbitos de relaciones laborales de colectivos de personal distintos que conviven, a veces diferenciadamente a veces tendiendo a la unificación, que contribuyen a caracterizar un espacio peculiar de extraordinaria complejidad en su articulación.

Cada colectivo de empleados tiene su propio sistema de fuentes de regulación y aunque los instrumentos normativos que determinan las normas de aplicación puedan ser los mismos, tienen que contemplar regulaciones diferenciadas para los diferentes colectivos del personal. El ejercicio del derecho a la autonomía universitaria (art. 27.3 CE) llevado a su desarrollo extremo, cumpliendo las previsiones constitucionales de respeto a la distribución de

competencias, supone la necesaria presencia de diferentes poderes normativos: del Estado, expresado a través de la Ley 6/2001, Orgánica de Universidades (LOU) – modificada por Ley 4/2007, de 12 de abril (LOMLOU)–; de las Comunidades Autónomas, expresado para la de Andalucía a través de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades (LAU); de las Universidades, expresado a través de sus Estatutos[1]; y de la autonomía colectiva, expresado a través de la conclusión de acuerdos y convenios colectivos. Esto conforma un modelo de producción de normas aplicables a las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades peculiar.

Con fundamento en las previsiones anteriores en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha ido generando un ámbito propio de ordenación y regulación de las relaciones laborales en las Universidades Públicas, con respaldo en el principio de coordinación universitaria informador del Sistema Universitario Andaluz para alcanzar la homologación y la homogeneización de las condiciones de trabajo del personal de las distintas Universidades. En el cumplimiento de este objetivo se están generando problemas de aplicación jurídica, de respeto a la legalidad vigente y a la autonomía de las Universidades. El cometido del presente trabajo va en esta dirección realizando una primera aproximación en el análisis de la regulación vigente que nos revela cuál es la situación real existente, afectada por la transitoriedad que deriva de la previsible modificación de la legislación autonómica.

2. LAS FUENTES NORMATIVAS DE REGULACIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA

2.1. Personal docente e investigador

2.1.1. *Profesorado de Cuerpos Docentes Universitarios*

El sistema de fuentes de regulación vigente de la relación de servicios del profesorado perteneciente a los Cuerpos Docentes Universitarios se establece en el art. 56.2 LOU, conforme al que el profesorado funcionario "se regirá por las bases establecidas en esta Ley y en su desarrollo, por las disposiciones que en virtud de sus competencias, dicten las Comunidades Autónomas, por la

[1] En el presente trabajo se han examinado los Estatutos de las Universidades de Almería (EUAL), Cádiz (EUCA), Córdoba (EUCO), Granada (EUGR), Huelva (EUHU), Jaén (EUJA), Málaga (EUMA)Sevilla (EUSE) y Pablo de Olavide (EPO).

legislación general de funcionarios que les sea de aplicación y por los Estatutos". Esta regulación ha sido incorporada por la modificación introducida por la LOMLOU (cuyo art. 59 dio nueva redacción a los apartados 1 y 2 del art. 56), operando un cambio sustancial en el sistema de fuentes de regulación de la relación de servicios del profesorado funcionario. La inicial regulación de la LOU no contemplaba la regulación mediante bases y la competencia reguladora de las Comunidades Autónomas. El anterior art. 56.2, párrafo 1º, se limitaba a la mención de la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, la legislación general de funcionarios que sea de aplicación y los Estatutos. Curiosamente, esta circunstancia no ha merecido una mínima referencia del legislador en la exposición de motivos de la Ley 4/2007, envolviendo dicho cambio en una genérica referencia a la responsabilidad de las Comunidades Autónomas en política universitaria conforme a la Constitución y los Estatutos de Autonomía y la del Estado en cuanto al establecimiento, conforme al art. 149.1.30 CE, de las normas básicas para el desarrollo del art. 27.10 CE; y a la articulación complejo organizativo Estado-Comunidades Autónomas y universidades que requiere alcanzar una armonía entre todos los agentes implicados.

Por tanto, el cambio realizado tiene una virtualidad relevante en la medida que la utilización de la técnica de regulación por bases permite desplegar competencias normativas a las Comunidades Autónomas en relación con el régimen jurídico aplicable a los Cuerpos Docentes Universitarios, que son de carácter nacional, lo cuál puede suponer la aparición de regulaciones diversas para funcionarios de unos mismos cuerpos de funcionarios del Estado. No se trata en este caso de establecer bases comunes para los funcionarios de todas las Administraciones Públicas de forma que las Comunidades Autónomas puedan desplegar sus competencias normativas en relación con sus propios funcionarios, sino de la posibilidad de las Comunidades Autónomas ejerzan competencias normativas sobre funcionarios que no son propios, que son de Cuerpos del Estado que mantienen relación de servicios con las Universidades. Es cierto que los Estatutos de las Universidades, con fundamento en el derecho a la autonomía universitaria, podían con la regulación anterior -y pueden con la actual-, introducir normas que diferenciasen la relación de servicios de los funcionarios docentes universitarios en algunos extremos; pero la apertura a las posibilidades reguladoras de las Comunidades Autónomas acentuará, sin lugar a dudas, las diferencias.

Concuerda la nueva regulación del art. 56.2 LOU con la previsión competencial que en relación con las Universidades se realiza en el art. 53 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Establece esta norma la competencia normativa de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de Universidades, reconociendo, en relación con el personal docente universitario funcionario, competencia exclusiva para

el establecimiento de retribuciones adicionales (art. 53.2.,b)); y, competencia compartida para regular el régimen del profesorado funcionario (art. 53.2, e)).

Esta situación normativa llama la atención e induce a que su aplicación se contemple con preocupación, a la vista de la doctrina que ha sentado el Tribunal Constitucional consolidada a través de varias decisiones resolutorias de conflictos de competencias promovidos por Comunidades Autónomas en relación con el profesorado funcionario perteneciente a los Cuerpos Docentes Universitarios. Conforme a esta doctrina los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios son funcionarios del Estado y pertenecen a Cuerpos Nacionales; y esta naturaleza limita la competencia de las Comunidades Autónomas para regular aspectos de su relación funcionarial. De forma clara se afirma por el Tribunal Constitucional que "los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios no son funcionarios de la Comunidad Autónoma…., sino que son del Estado, por lo que en este caso las Comunidades Autónomas carecen de competencia de desarrollo de las bases ya que toda la normación queda reservada al Estado" (STC 131/1996, de 1 de junio, FJ. nº 7). Para el Alto Tribunal "el Estado puede regular, sin distinción de bases y desarrollo, el estatuto de los funcionarios docentes universitarios, pertenecientes a los Cuerpos Nacionales, con el límite, claro está, de la autonomía universitaria (STC 251/1991, de 12 de diciembre, FJ. nº 3). Así pues, la competencia reguladora corresponde al Estado sin distinción entre bases y desarrollo legislativo de las mismas, careciendo las Comunidades Autónomas de competencia de desarrollo normativo de las bases del régimen funcionarial de los profesores universitarios (STC 251/1996, FJ. nº 3 y nº 4). De esta forma, la competencia para regular extremos relativos a la relación de servicios que une a los profesores universitarios funcionarios con su Universidad[2], en cuanto encuadrables en el régimen funcionarial de los Cuerpos Docentes Universitarios corresponde al Estado (STC 251/1996, FJ. nº 4).

La Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades (LAU) todavía mantiene una regulación acorde con la anterior regulación de la LOU,

[2] Extremos como la duración de la jornada laboral, reparto de horas de docencia y asistencia del alumnado, exención o incremento de obligaciones docentes, cómputo del tiempo de dedicación a la docencia, fijación de nuevas actividades y elección del régimen del profesorado; así como el régimen disciplinario. Cfr. al respecto STC 251/1996, FJ. nº 4. En esta sentencia el Tribunal Constitucional resolvió conflicto de competencia promovido por el Gobierno Vasco y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, en relación con el RD 898/1985, sobre régimen del profesorado universitario.

Con anterioridad, mediante STC 146/1989 de 21 de septiembre, que resolvió conflicto de competencia promovido por el Gobierno Vasco en relación con el RD 1888/1984, de 26 de septiembre, que regula los concursos para la provisión de plazas de los Cuerpos Docentes Universitarios, se declaró la competencia exclusiva del Estado para regular unitariamente la provisión de plazas.

limitándose a reproducir la previsión de que los funcionarios y funcionarias de los Cuerpos Docentes Universitarios y los funcionarios y funcionarias interinos se regirán por la LOU y disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios que sea de aplicación, así como por los Estatutos de la Universidad (art. 33). Puede afirmarse que la Ley autonómica es escrupulosamente respetuosa con la doctrina constitucional.

Esta es la tónica que encontramos actualmente en los Estatutos de las Universidades Andaluzas que, lógicamente, están pendientes de adaptarse a las modificaciones de la LOU introducidas por la Ley Orgánica 4/2007[3]. En cualquier caso, los Estatutos deben continuar teniendo su espacio de regulación derivado del derecho a la autonomía universitaria que, si tenemos en cuenta la doctrina expuesta del Tribunal Constitucional, constituye el único límite a la competencia exclusiva del Estado para regular el régimen del profesorado universitario funcionario.

La conclusión de los Pactos y Acuerdos que puedan negociarse de conformidad con lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), para ser aplicados a los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios deberán ajustarse al bloque normativo que se ha expuesto. Por imperativo del principio de legalidad, no es posible suscribir instrumentos convencionales que no respeten las fuentes de regulación heterónama que integran la LOU, la LAU, en su caso, y los Estatutos de las Universidades. Los Pactos y Acuerdos que puedan concluirse que afecten al profesorado funcionario para que sean legales, necesariamente tienen que ajustarse a las regulaciones de las referidas normas, pues en caso contrario incurrirían en vicio de nulidad.

2.1.2. *Personal docente e investigador contratado*

La LOU introdujo modalidades de contratación laboral específicas para el ámbito del profesorado universitario que son las que corresponden a las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante[4]. Para estas modalidades contractuales se deter-

[3] Así, art. 90 EUMA; art. 168 EUCO; art. 93 EUJA; art. 75 EUSE con alguna variación pues expresa la aplicación de la legislación de función pública del Estado y de la Comunidad Autónoma en cuanto les sea de aplicación, pero no se refiere a la legislación universitaria de la Comunidad Autónoma. El resto de Estatutos no hace referencia a la regulación del régimen jurídico del profesorado funcionario.

[4] La modalidad de Profesor Colaborador, aunque ha sido suprimida por la Ley 4/2007, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional tercera de esta Ley, continúa existiendo para aquellos profesores que estuvieran contratados mediante esta modalidad a la entrada en vigor de la referida Ley.

mina que su régimen "será el que se establece en esta Ley y en sus normas de desarrollo; supletoriamente será de aplicación lo dispuesto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores…" (art. 48.2, párrafo 2º, LOU). Este precepto incorporado por la modificación operada por la Ley 4/2007, expresa, sucintamente, las fuentes de regulación de las modalidades contractuales específicas para el personal docente e investigador; pero surgen dudas cuando se establece, al propio tiempo, que "en los términos de la presente Ley y en el marco de sus competencias, las Comunidades Autónomas establecerán el régimen del personal docente e investigador contratado de las Universidades" (art. 48.6 LOU). Este apartado 6 mantiene idéntica redacción que la que tenía el anterior apartado 1 del art. 48. El legislador ha pretendido –según expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2007- definir con mayor precisión la especificidad de estas modalidades contractuales, que considera no subsumibles en las figuras previstas en la legislación laboral general, por las características propias del trabajo y las condiciones de la relación laboral.

Con la modificación que ha realizado la Ley 4/2007 no se resuelve el conocido problema de constitucionalidad que plantea la atribución de competencia normativa a las Comunidades Autónomas para establecer el régimen del personal docente e investigador contratado, al tratarse de legislación laboral, materia que es competencia exclusiva del Estado conforme a lo establecido en el art. 149.1.7 CE. No vamos a insistir más en este tema denunciado en su momento por la doctrina[5], sin que haya surtido efecto, como se deduce del hecho de que se haya modificado la LOU y se mantenga la competencia de las Comunidades Autónomas. Al margen de este tema hay otros que consideramos conveniente destacar.

Cuestión de interés es la que se refiere a la articulación de las fuentes normativas de regulación, que afecta a la aplicación adecuada de los mandatos legales que se contienen en el art. 48.2, párrafo 2º y en art. 48.6 LOU. De una parte, se establece que el régimen de las modalidades específicas de contratación universitaria será el que se establece en la LOU y sus normas de desarrollo y supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores; y de otra parte, se atribuye a las Comunidades Autónomas competencia para establecer el régimen del personal docente e investigador de las Universidades.

A estos efectos, para una adecuada interpretación debemos distinguir entre una legislación laboral específica para las modalidades de contratación universitaria, y la legislación laboral general, esto es, el Estatuto de los Trabajadores, que se aplica supletoriamente.

[5] Cfr. Por todos Goerlich Peset, J.M. "Modalidades y duración de los contratos laborales del profesorado. Normas estatales, autonómicas y universitarias", en "El personal docente e investigador (PDI) de Centros Universitarios", Dirg. Sempere Navarro, Ed. Laborum, 2ª Edición, 2006, págs. 143-145.

La legislación específica estará constituida por los preceptos de la LOU y sus normas de desarrollo referidas a las modalidades específicas de contratación, y también por la legislación que en le marco de sus competencias puedan dictar las Comunidades Autónomas. La distribución competencial entre ambos poderes, Estado y Comunidades Autónomas, -sin reparar en el problema de constitucionalidad antes apuntado-, no debe entenderse como una atribución contradictoria, sino como la distribución en el ejercicio de una competencia reguladora para que sea compartida. Hay que tener en cuenta que el art. 48.6 LOU atribuye a las Comunidades Autónomas capacidad reguladora "en los términos de la presente Ley y en el marco de sus competencias"; es decir, la Comunidad Autónoma podrá regular respetando lo que determinen la LOU y sus normas de desarrollo y si tiene competencia atribuida, con el alcance que la tenga reconocida.

En este sentido, no puede pasar desapercibido que el Estatuto de Autonomía de Andalucía, reconoce a la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la autonomía universitaria, competencia exclusiva sobre "el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado de las Universidades públicas" (art. 53.1, h)); y, competencia compartida sobre "la regulación del régimen del profesorado docente e investigador contratado" (art. 53. 2, f)).

Otra cuestión que pone de manifiesto la normativa laboral específica del profesorado universitario en la regulación de la LOU es la omisión de la negociación colectiva como procedimiento para la determinación de las condiciones de trabajo. No hay referencia alguna ni a la negociación colectiva ni al convenio colectivo. La doctrina en su momento puso de manifiesto esta omisión, concluyendo en la necesidad de respetar un espacio de regulación para que actúe la autonomía colectiva[6]. Con la regulación actual de la LOU podría pensarse que la opción de utilizar el convenio colectivo como fuente de regulación tiene un carácter secundario al establecerse por el art. 48.2, párrafo 2º LOU la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, y sería ésta la vía de acceso a la normativa autónoma.

A nuestro modo de ver, la autonomía colectiva debe tener su ámbito de manifestación a través de la conclusión de convenios colectivos. De hecho, como después se verá, aunque la LOU no haga mención alguna a los convenios colectivos, la LAU si los incluye entre las fuentes de regulación del profesorado contratado universitario. No creemos que el legislador haya pretendido eliminar la regulación autónoma en el caso del personal docente e investigador contra-

[6] Cfr. Goerlich Peset, J.M. "Modalidades y duración de los contratos…..", págs. 133-134; Molina Navarrete, C.., ""Improvisación" de la LOU, "Perversión" de la práctica ¿Sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?, Revista de Derecho Social, nº 25/2004, págs. 103 y sgts.

tado. Lo que si puede suceder es que los espacios de regulación se vean restringidos en razón a una mayor presencia de regulación heterónoma. Hay que tener en cuenta la complejidad que se produce con la concurrencia de diversos poderes de regulación autónoma: el Estado, las Comunidades Autónomas, las Universidades, y las representaciones colectivas en el ejercicio de la autonomía colectiva.

Por otra parte, tiene incidencia en materia de negociación colectiva el EBEP, que es de aplicación al personal docente e investigador contratado. El Capítulo IV del Título III de esta norma es de aplicación al personal de las Universidades; y en concreto, el art. 32, para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas sin distinción se dispone que el derecho a la negociación colectiva se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de dicho Capítulo que sean expresamente de aplicación. Incluso, podría ser admisible, aunque con dificultades de articulación la negociación colectiva sobre materias comunes del personal docente e investigador funcionario y el contratado laboral, al amparo de lo establecido en los arts. 36.3 y 38. 8 EBEP.

La Ley Andaluza de Universidades, en aplicación del anterior art. 48.1 LOU, estableció el sistema de fuentes reguladoras del personal docente e investigador contratado en los siguientes términos: "se regirá por lo dispuesto en la LOU, en la presente Ley y en sus respectivas disposiciones de desarrollo, así como por los Estatutos de las Universidades, la legislación laboral y los convenios colectivos que sean de aplicación" (art. 33.2). Este precepto sugiere algunas cuestiones de interés.

En primer lugar, la que afecta a su articulación con lo dispuesto en el vigente art. 48.2, párrafo 1º LOU. Hay que tener presente, no obstante las consideraciones que vamos a realizar, que la Ley autonómica no ha sido adaptada a las modificaciones introducidas por la Ley 4/2007. En puridad, el art. 33.2 LAU determina el sistema de fuentes de regulación del personal docente e investigador de las Universidades Andaluzas, estableciendo su orden de prelación. Este precepto contempla el sistema de fuentes que debe aplicarse directamente a las modalidades específicas de contratación del profesorado universitario. Sin embargo, el art. 48.2, párrafo 1º LOU ha introducido una modificación relevante a la hora de articular el sistema de fuentes: el Estatuto de los Trabajadores se aplica supletoriamente. Ello implica que el bloque normativo de regulación heterónoma aplicable directamente está constituido por la LOU, la LAU y sus respectivas disposiciones de desarrollo y los Estatutos de las Universidades; y supletoriamente, la legislación laboral común, concretamente el Estatuto de los Trabajadores.

A la vista de la anterior conclusión hay que plantear la presencia del convenio colectivo. Dado que la LOU no hace referencia a la negociación

colectiva ni al convenio colectivo, y el Estatuto de los Trabajadores se aplica supletoriamente, es lícito cuestionar si queda espacio para que se manifieste la negociación colectiva y cuál sería la norma que la habilitara. Esto es ¿Quedaría el convenio colectivo relegado a una manifestación secundaria derivada de la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores o podría tener presencia de mayor preferencia? A nuestro juicio, la negociación colectiva debe tener un espacio para que se manifieste el derecho a la autonomía colectiva constitucionalmente reconocida; y la vía para que se haga patente la habilita el EBEP. De acuerdo con ello, el derecho a la negociación colectiva del personal docente e investigador se rige por la legislación laboral, con sujeción a los preceptos del Capítulo IV del Título III que le son expresamente de aplicación (art. 32); debiendo respetarse, además, en todo caso, los principios de legalidad y jerarquía normativa. Por tanto, el convenio colectivo debe ajustarse a estos requisitos para que pueda formar parte legalmente del sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral del personal docente e investigador contratado universitario. Así pues, la jerarquía normativa universitaria estricta estará constituida por: primero, la LOU y sus disposiciones de desarrollo, luego la LAU y sus disposiciones de desarrollo y los Estatutos de las Universidades y, finalmente, los convenios colectivos que deben respetar las anteriores normas[7].

En segundo lugar, es también una cuestión a la que, a nuestro juicio, merece la pena referirse es la que concierne al papel de los Estatutos de las Universidades en cuanto fuentes normativas para regular el régimen del personal docente e investigador contratado. Se puede plantear, hasta qué punto, los Estatutos son normas que permiten regular aspectos de la relación laboral de dicho personal, pues en la medida en que los Estatutos realicen esta regulación, tendrán la naturaleza jurídica de legislación laboral, materia, cuya competencia reguladora, la tiene atribuida en exclusiva el Estado (art. 149.1.7 CE), con lo que se reproduciría en este caso el mismo problema de constitucionalidad suscitado con la atribución de competencia reguladora a las Comunidades Autónomas.

No vamos a profundizar en este debate, pero parece claro que los Estatutos son disposiciones reglamentarias donde se plasman las potestades de las Universidades de darse normas, autonomía en sentido estricto y autoorganización (STC 75/1997, de 21 de abril, FJ. nº 37). Desde esta perspectiva, los Estatutos pueden establecer normas de organización y funcionamiento, de ordenación de la actividad universitaria, que pueden estar conectadas o afectar al

[7] Cfr. En el mismo sentido Lujan Alcaraz, J. "Las relaciones de carácter colectivo: representación, negociación, conflicto" en "El personal docente e investigador (PDI) de Centros Universitarios", Dirg. Sempere Navarro, Ed. Laborum, 2ª Edición, 2006, págs. 103-104.

contenido de la relación laboral. Pero, también, los Estatutos pueden contener normas que complementen las disposiciones legales. En uno y otro caso, normas que son manifestación del poder de regulación que el derecho a la autonomía universitaria atribuye a las Universidades (art. 27.10 CE). En este sentido, los Estatutos de las Universidades son normas que deben ser respetadas en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y los convenios colectivos deberán ajustar su contenido a lo dispuesto en los mismos. Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad no se puede obviar la compleja situación que se produce con la concurrencia de diversos poderes de regulación autónoma: el Estado, las Comunidades Autónomas, las Universidades, y las representaciones colectivas en el ejercicio de la autonomía colectiva.

Por lo demás, una última cuestión debe ser abordada que afecta al personal docente e investigador contratado mediante las modalidades previstas para sustitución en el Estatuto de los Trabajadores, es decir, mediante contrato de interinidad al que se refiere el art. 15.1.c) ET. No tiene regulación esta modalidad contractual en la LOU, que se dedica a las modalidades contractuales específicas, pero el art. 48.1 lo considera personal docente e investigador de las Universidades contratado en régimen laboral. Sin embargo, el art,. 48.6 encomienda a las Comunidades Autónomas la regulación del régimen del personal docente e investigador contratado en el que se integra, de acuerdo con el art. 48.1, el personal docente e investigador interino. Por tanto, la regulación que realice la Comunidad Autónoma abarcará también al personal contratado interino. Y lo mismo puede decirse de las regulaciones que puedan realizar los Estatutos de las Universidades por determinación de las normas legales, estatales y autonómicas.

2.2. **Personal de Administración y Servicios**

2.2.1. ***Personal funcionario***

El sistema de fuentes de regulación del personal funcionario de Administración y Servicios (PAS), responde a un esquema similar, aunque no idéntico, al del profesorado funcionario. Mezcla de legislación específica universitaria y de legislación general, la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas aparece anclada a la legislación general de funcionarios más que a la específica universitaria. El PAS funcionario "se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios, y por las disposiciones de desarrollo de ésta que elaboren las Comunidades Autónomas, y por los Estatutos de su Universidad" (art. 73.3 LOU).

No sucede en este caso como en la regulación del PDI funcionario en el que la aplicación de la legislación general de funcionarios se prevé exenta de

menciones a la que puedan producir las Comunidades Autónomas. En el caso de PAS funcionario se deja clara la aplicación de las disposiciones de desarrollo de la legislación general que dicten las Comunidades Autónomas; previsión que está en consonancia con la regulación que se contiene en el EBEP. Esta norma es aplicable al personal funcionario de la Universidades Públicas (art. 2.1), sin que se prevea en el estatuto funcionarial ninguna regulación específica para el mismo, constituyendo legislación de desarrollo, las Leyes de Función Pública que en el ámbito de sus competencias pueden aprobar las Comunidades Autónomas (art. 6). Este es un dato que imprime una diferencia sustancial entre la regulación de la relación de servicios del PAS funcionario y el PDI funcionario que tiene prevista su regulación por legislación específica (art. 2.3 EBEP). Por tanto, la asimetría que se produce en la regulación de las fuentes normativas aplicables al PDI funcionario y PAS funcionario tiene su correspondencia en la legislación general de funcionarios.

La aplicación del EBEP no admite dudas por cuanto no solamente es clara la aplicación del mismo al PAS funcionario de las Universidades, sino porque el Título X de la LOU no tiene carácter orgánico de acuerdo con lo establecido en la disposición final cuarta de la Ley Universitaria, por lo que puede ser afectado en su vigencia por lo establecido en una Ley ordinaria, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. nº 21; STC 137/1986, FJ. nº 3). Ello da lugar a un conflicto de interpretación de normas que debe ser resuelto de una manera integradora que tenga en cuenta la perspectiva de la autonomía universitaria.

La vigente Ley Andaluza de Universidades refiere el sistema de fuentes de regulación del PAS funcionario con las mismas normas que se establecen en el art. 73.3 LOU, pero no las relaciona por el mismo orden, pues se anteponen los Estatutos de las Universidades a la legislación general de funcionarios de la Junta de Andalucía (art. 48.1), lo cual puede tener trascendencia a la hora de aplicar las fuentes relacionadas. No obstante, se garantiza para prevenir posibles regulaciones estatutarias que el PAS funcionario "tendrá los derechos y obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la Junta de Andalucía, y en todo caso las previstas en la legislación básica del Estado" (art. 48.2); esta previsión legal constituye una plataforma de salida para que los Estatutos de las Universidades puedan incrementar el abanico de derechos y obligaciones.

Por otro lado, los Estatutos en cuanto expresión de la autonomía universitaria constituyen fuente de regulación y podrán contener disposiciones aplicables al PAS funcionario, con respeto a la Ley. En este sentido, forma parte del contenido esencial de la autonomía universitaria la selección, formación y promoción del personal de administración y servicios (art. 2.2. e) LOU), existiendo específicas previsiones legales para la regulación estatutaria en aspectos

como la selección del personal (art.75.2 LOU) o la provisión de vacantes, el perfeccionamiento y la promoción profesional (art. 76.3 LOU), sin que esto signifique que sean los únicos aspectos de la relación funcionarial que pueden regular los Estatutos de la Universidades. Y en esta misma línea la Ley Andaluza reconoce los derechos y obligaciones del PAS funcionario "sin perjuicio de las peculiaridades que a través de los Estatutos, puedan establecer las Universidades en materia de selección, promoción, provisión de puestos de trabajo, jornada y licencias" (art. 48.2 LAU).

En materia de negociación colectiva rige el EBEP, siendo de aplicación el Capítulo IV del Título III de esta norma, lo que supone la observancia del derecho a negociar para determinar las condiciones de trabajo (art. 31.2) mediante Acuerdos y Pactos, pero también la sujeción, en el ejercicio de este derecho, entre otros, a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria (art. 33).

2.2.2. ***Personal laboral***

El personal laboral de administración y servicios rige su relación laboral, además de por las previsiones de la LOU y sus normas de desarrollo y de los Estatutos de su Universidad, por la legislación laboral y los convenios colectivos aplicables (art. 73.3, párrafo 2º LOU). La LAU reproduce con el mismo tenor literal la regulación de la LOU, con la única diferencia de que al referirse a la legislación laboral adiciona "las disposiciones que en desarrollo de ésta se elabore" (art. 50). Así pues, el sistema de fuentes de regulación del PAS laboral está integrado, conforme a la indicada legislación universitaria estatal y autonómica, por normas específicas de regulación de la autonomía universitaria y de la legislación laboral, incluidos los convenios colectivos. Este bloque normativo regulador, como sucede en el caso del PAS funcionario, ha resultado afectado por la promulgación del EBEP, norma aplicable al personal laboral de las Universidades públicas. Recuérdese la naturaleza no orgánica del Título X de la LOU –disposición final cuarta- susceptible de modificación por el EBEP. En estas circunstancias, como ya se ha propuesto en el caso del PAS funcionario, debe realizarse una interpretación integradora desde la perspectiva de la autonomía universitaria. En este sentido serían aplicables los preceptos de la legislación universitaria en la medida que fueran compatibles con lo establecido en el EBEP.

Con independencia de la problemática que puede platearse con la regulación en los Estatutos de las Universidades de aspectos que puedan afectar al PAS laboral, parece que lo razonable es que los convenios colectivos se ajusten a lo dispuesto en los mismos. No obstante, no debe olvidarse que en materia de negociación colectiva, como en los demás colectivos, rige el EBEP, siendo de

aplicación el Capítulo IV del Título III de esta norma, lo que supone la observancia del derecho a negociar para determinar las condiciones de trabajo (art. 31.2); y, aunque se remita a la legislación laboral, se hace con sujeción a los preceptos del EBEP que sean de aplicación (art. 32), entre los que se encuentra la regulación de Acuerdos y Pactos sobre materias comunes a funcionarios y personal estatutario (art. 36.3), entre otros.

2.3. **La incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público**

La promulgación del EBEP ha supuesto un cambio importante en el sistema de fuentes de regulación de los cuatro colectivos de personal al servicio de las Universidades. Esta incidencia se produce por que las normas de la LOU relativas al personal carecen de la naturaleza de materia orgánica, por lo que son preceptos que pueden ser modificados por una ley ordinaria, conforme la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. nº 21; STC 137/1986, FJ. nº 3), y esto es lo que ocurre con el EBEP. La disposición final cuarta de la LOU no atribuye carácter orgánico al Capítulo I del Título IX relativo al personal docente e investigador, ni al Título X que se ocupa del personal de administración y servicios; y paralelamente, el personal funcionario y laboral de las Universidades Públicas está incluido en el ámbito de aplicación del EBEP (art. 2.1). La compleja situación que ya existía en la legislación universitaria en relación con la aplicación de las fuentes reguladoras del personal de las universidades se agrava con la necesaria aplicación de la Ley estatutaria.

Pero el EBEP prevé que el personal docente pueda tener un sistema particular de regulación y en este sentido establece que "se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84". Así pues, del EBEP no se aplican los preceptos relativos a la carrera profesional y promoción interna (Capítulo II, Título III), aunque sí se aplica el art. 20 sobre la evaluación de desempeño, y tampoco se aplican las normas sobre retribuciones complementarias (art. 22.3 y 24) ni las relativas a la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art. 84).

La situación del personal de administración y servicios es distinta, pues no existe previsión de regulación específica. El EBEP se aplica al PAS funcionario y, en lo que proceda al laboral, de las Universidades Públicas (art. 2.1). Para el PAS funcionario, la legislación básica que se establece en el EBEP puede ser desarrollada por las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, mediante Leyes reguladoras de la Función Pública (art. 6). Para los funcionarios no se produce cambio sustancial alguno en cuanto a la aplicación

de la legislación general de funcionarios. Sin embargo, para el personal laboral el EBEP realiza cambios sustanciales pues ya no es directamente aplicable la legislación laboral salvo cuando dicho Estatuto lo dispone. El personal laboral no docente de las Universidades Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del EBEP que así lo dispongan (art. 7). La aplicación del EBEP implica que hay un buen número de preceptos comunes que afectan a ambos colectivos de personal; y para el personal laboral, la previsión concreta de aplicación de la legislación laboral.

Es conveniente tener en cuenta que en materia de derechos colectivos (negociación colectiva, representación y participación) es de aplicación el Capítulo IV del Título III EBEP, sin perjuicio de que para el personal laboral, como se dispone en el mismo, pueda ser también de aplicación la legislación laboral.

2.4. **El papel de los Estatutos de las Universidades**

Y en esta situación ¿qué papel tienen reservado los Estatutos de la Universidades? El Tribunal Constitucional tiene declarado que la elaboración de los Estatutos forma parte del contenido esencial de la autonomía universitaria; "se trata de una potestad de autoformación entendida como capacidad de la Universidad para dotarse de su propia norma de funcionamiento o, lo que es lo mismo, de un ordenamiento específico y diferenciado…" (STC 55/1989, de 23 de febrero FJ. nº 3). Los Estatutos "son reglamentos autónomos en los que plasma la potestad de autoordenación de la Universidad en los términos que permite la ley", y "se mueven en un ámbito de autonomía en que el contenido de la Ley no sirve sino como parámetro controlador o límite de la legalidad del texto. Y en consecuencia, sólo puede tacharse de ilegal alguno de sus preceptos si contradice frontalmente las normas legales que configuran la autonomía universitaria, y es válida toda norma estatutaria respecto de la cual quepa alguna interpretación legal" (STC 55/1989, FJ. nº 4; STC 130/1991, de de junio, FJ. nº 5); y si admitieran los Estatutos dicha interpretación legal, habría de concluirse a favor de su validez (STC 75/1997, 21 de abril, FJ nº 3). Así pues, los Estatutos son expresión de la autonomía universitaria, esto es, "de la plena capacidad de decisión en aquellos aspectos que no son objeto de regulación específica en la Ley" (STC 55/1989, FJ nº 2).

Además de la elaboración de los Estatutos, forman parte del contenido esencial de la autonomía universitaria, la elaboración de sus normas de organización y funcionamiento y demás normas de régimen interno (art. 2.2, a) LOU); y "la selección, formación y promoción del personal docente e investigador y de administración y servicios, así como la determinación de las condiciones en que han de desarrollar sus actividades" (art. 2.2,e)); todo ello, obviamente, en

los términos previstos en la Ley. Por tanto, los Estatutos disponen de un espacio de regulación que afecta al régimen en el que prestan sus servicios el personal funcionario y laboral de las Universidades Públicas. Y lo que dispongan los Estatutos debe ser respetado por la negociación colectiva. Los Pactos, Acuerdos y convenios colectivos que puedan concluirse como resultado de la negociación colectiva deben ajustarse no solamente lo dispuesto en las Leyes estatal y autonómica, sino también lo dispuesto en los Estatutos.

No es esta la perspectiva en la que se colocan algunos Estatutos que no respetan el orden de prelación de fuentes legalmente establecido y anteponen a la aplicación de aquellos los convenios colectivos y esto sucede lo mismo con el PDI laboral (Estatutos de las Universidades de Almería[8], Jaén[9], Málaga[10] y Sevilla[11]) y con el PAS laboral, (Estatutos de las Universidades de Almería[12], Jaén[13], Sevilla[14]). En ocasiones, se formulan regulaciones comunes para personal funcionario y laboral que generan confusión en su interpretación (Cádiz[15] y Pablo de Olavide[16]).

[8] Cfr. EUA, art. 110 <<1. De conformidad con la legislación vigente, la negociación colectiva y lo preceptuado en estos Estatutos…>>.

[9] Cfr. EUJA, art. 93 <<2.Los contratos del personal docente e investigador se regirán por los dispuesto en la Ley Orgánica de Universidades, por la legislación laboral que les resulte de aplicación y por la negociación colectiva, así como en el marco de sus respectivas competencias, por la legislación universitaria de la Comunidad Autónoma Andaluza y por los Estatutos>>.

[10] Cfr. EUMA, art. 85 <<La contratación del personal docente e investigador de la Universidad de Málaga se formalizará por el Rector, de acuerdo con la legislación laboral, los convenios colectivos aplicables y demás normativa vigente>>.

[11] Cfr. EUSE, art. 76 <<2. El personal docente e investigador contratado se regirá por la Ley Orgánica de Universidades y sus normas de desarrollo, por la legislación laboral y el convenio colectivo aplicable, en su caso, así como por el presente Estatuto, los Reglamentos generales y las disposiciones que lo desarrollen>>.

[12] Cfr. EUA, art. 130 <<3. El personal de administración y servicios en régimen laboral se regirá asimismo por la Ley Orgánica de Universidades y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación laboral, por los presentes Estatutos y las normas que se deriven de los mismos>>.

[13] Cfr. EUJA, art. 127 <<3. El personal de administración y servicios en régimen laboral se regirá asimismo por la Ley Orgánica de Universidades, por la Ley Andaluza de Universidades y por las respectivas normas de desarrollo, por la legislación laboral, el convenio colectivo aplicable, por los presente Estatutos y las normas que se deriven de los mismos>>.

[14] Cfr. EUSE, art. 113 <<2. El personal docente e investigador contratado se regirá por la Ley Orgánica de Universidades y sus normas de desarrollo, por la legislación laboral y el convenio colectivo aplicable, en su caso, así como por el presente Estatuto, los Reglamentos generales del personal de administración y servicios y las disposiciones que lo desarrollen>>.

[15] Cfr. EUCA, art. 143 <<3. El Personal de Administración y Servicios se regirá, en cada caso, por las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Universidades, la legislación básica del Estado, la Ley Andaluza de Universidades, la legislación sobre la función pública de la Junta de Andalucía o, en su caso, la legislación laboral y Convenios aplicables, así como por los presentes Estatutos, sus normas de desarrollo y acuerdos alcanzados en negociación colectiva con sus representantes>>.

[16] Cfr. EUPO, art. 119 <<El personal de administración y servicios se regirá por al Ley Orgánica de Universidades, por las disposiciones que la desarrollan por los presentes Estatutos.

3. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE ANDALUCÍA

Los Estatutos de las Universidades Públicas Andaluzas regulan de una manera diversa el ejercicio de los derechos colectivos de los empleados públicos que las sirven. Encontramos algunos Estatutos que se ocupan de reflejar el derecho de representación y es generalizada la presencia del derecho a la negociación colectiva, aunque no todos los Estatutos se manifiestan con la misma intensidad reguladora. No existen, sin embargo, regulaciones del derecho a la participación institucional entendida –como hace el EBEP– como el derecho a participar a través de las organizaciones sindicales en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine (art. 31.4). Como se tendrá ocasión de comprobar a continuación con carácter general se detecta una mayor preocupación por la presencia de los representantes unitarios y sindicales del PAS que en relación con el PDI. El contingente normativo que afecta al ejercicio de los derechos colectivos en el PAS es notablemente superior al que se regula para el PDI, consecuencia, en nuestra opinión, de la mayor implantación y recepción de las organizaciones sindicales entre los empleados de los colectivos que integran el PAS. Sin ser necesario, como sucede con otras cosas, los Estatutos reiteran regulaciones ya contenidas en otras Leyes de alcance general y específicamente destinadas a la regulación de las relaciones colectivas de los empleados públicos de todas las Administraciones Públicas.

3.1. Las representaciones unitarias y sindicales

Aunque no es preciso recoger en los Estatutos de las Universidades regulación alguna para garantizar la constitución de representaciones unitarias y sindicales en el ámbito universitario, algunos Estatutos contienen preceptos que reiteran la existencia de dichas representaciones colectivas. Hay cinco textos estatutarios (de las Universidades de Cádiz, Córdoba, Granada, Málaga y Sevilla) que omiten referirse a los órganos de representación de los empleados universitarios; dos (de las Universidades de Jaén[17]

El personal funcionario se regirá por la legislación de funcionarios que le es de aplicación y el personal laboral por la legislación laboral que le s propia y por los convenios colectivos aplicables suscritos por la Universidad>>

[17] Cfr. EUJA, art. 96.2 <<Los órganos de representación del personal docente e investigador son la Junta de Personal Docente e Investigador, el Comité de Empresa, las Secciones Sindicales y cualesquiera otros que se regulen legal o convencionalmente. En todo caso, tales órganos se regirán por sus normas específicas y por lo dispuesto, en el marco de sus competen-

y Pablo de Olavide[18]) recogen simultáneamente regulaciones sobre los órganos de representación del PDI y del PAS; y otros dos (de las Universidades de Almería[19] y Huelva[20]) se ocupan en sus Estatutos solamente de las representaciones del PAS. Incluso, en algún caso, se consagra de modo solemne, el compromiso de respetar, facilitar y desarrollar las funciones y responsabilidades que la legislación vigente reconoce a las Centrales Sindicales, Junta de Personal y Comité de Empresa en todos los procesos de negociación y participación del personal funcionario y laboral, pero refiriéndose únicamente al PAS[21].

---

cias, por los presentes Estatutos>>. Art. 130 <<Los órganos propios de representación del personal de administración y servicios son la Junta de Personal, para el personal funcionario, y el Comité de Empresa para el personal laboral, sin perjuicio de las funciones de representación que corresponden a las organizaciones sindicales en los procedimientos de negociación colectiva. Sus respectivas formas de elección y funcionamiento será las previstas en sus normas específicas>>. Llama la atención las diferencias en la regulación, fundamentalmente en la designación de los Estatutos como norma reguladora de las representaciones del PDI y no del PAS.

[18] Cfr. EUPO art. 108 <<1. Los órganos de representación del Personal Docente e Investigador son la Junta de Personal Docente e Investigador, el Comité de Empresa y las secciones sindicales. 2 Los órganos de representación del Personal Docente e Investigador se regirán por sus normas específicas y por lo dispuesto en los presentes Estatutos>>. Art. 132 <<1. Los órganos de representación y participación del Personal de Administración y Servicios serán: a) La Junta de Personal para el personal funcionario; b) El Comité de Empresa para el personal en régimen de contrato laboral; c) Cualquier otro órgano de representación y/o negociación que pueda constituirse. 2. Las competencias, las formas de elección y el funcionamiento de dichos se regirán por lo dispuesto en la legislación de funcionarios y en laboral>>. Ya también aquí la atención que los Estatuto se incluyan como norma reguladora de los órganos de representación del PDI como norma de regulación y se mencionen en relación con el PAS.

[19] Cfr. EUAL que dedican la Sección 5ª, Capítulo IV, Título III, a la Representación del Personal y Servicios. Art. 142 <<1. Los órganos de representación del personal de administración y servicios de la Universidad de Almería serán: a) La Junta de Personal, elegida por el personal de administración y servicios funcionario; b) El Comité de Empresa, elegido por el personal de administración y servicios labora. 2 La reglamentación del funcionamiento de estos órganos será competencia de cada uno de ellos, conforme a la legislación social vigente>>; el art. 143 regula las competencias que conforman un plus sobre las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores; el art. 144 establece un mandato a la Universidad para que constituya un Consejo del Personal de Administración y Servicios, integrado por los miembros de la Junta de Personal y del Comité de Empresa, como foro de debate, consulta y asesoramiento; y, por fin, el art. 145 garantiza la audiencia de las Secciones Sindicales existentes en la Universidad en cualquier comisión u órgano, cuando estos aborden temas relativos al PAS, de acuerdo con la legislación vigente y los Estatutos.

[20] Cfr. EUHU, art. 177 <<1.El Personal de Administración y Servicios de la Universidad de Huelva elegirá sus representantes de acuerdo con la legislación vigente. 2. El personal funcionario lo hará acogiéndose a la normativa reguladora de esta materia en el ámbito de la función pública. 3. El personal laboral contratado lo hará acogiéndose a la normativa reguladora de esta materia en el ámbito laboral>>.

[21] Cfr. Art. 164.3 EUHU.

La situación que se produce en las Universidades Públicas, no solamente en las andaluzas, con la pluralidad de órganos de representación unitaria de sus empleados es de una extraordinaria complejidad y dificulta las relaciones entre la Universidad, sus empleados y los representantes de estos. Esta situación se ha visto agravada con la constitución del nuevo órgano de representación unitaria del PDI laboral, derivado de una generosa interpretación de la disposición adicional 5ª Ley 9/1987 (LOR). A la pluralidad de órganos de representación hay que unir la diversidad sindical en la composición de tales órganos, lo que constituye una dificultad añadida. Estamos ante una situación de difícil solución en la actualidad, que contrasta con la tendencia a la unificación de los regímenes de los empleados públicos, en los que ha avanzado de manera significativa el EBEP.

3.2. **La negociación colectiva**

El ejercicio del derecho a la negociación colectiva está recogido de manera considerable en los Estatutos de las Universidades Andaluzas. Además de recogerse en diversos Estatutos la proclamación del derecho a la negociación colectiva y a la determinación de las condiciones de trabajo tanto del PDI[22] como del PAS[23], existen numerosas remisiones a la negociación colectiva para la regulación de aspectos concretos, que exceden en ocasiones de lo que pueden entenderse como condiciones de trabajo, llevándose la palma, sin duda, las regulaciones que se refieren al PAS. Sin ánimo de profundizar en exceso, nos vamos a referir, fundamentalmente, a dos aspectos de la negociación colectiva que plantean problemas de interés. Uno relativo a la legitimación para negociar en representación de los empleados de las Universidades, y otro que afecta a las materias que pueden ser objeto de negociación.

No existe en los Estatutos unanimidad en la determinación de los sujetos a los que se atribuye legitimación para negociar en representación de los empleados. Pero es que, además, y esto constituye problema relevante, en ocasiones se atribuye legitimación para negociar a sujetos que no la tienen conforme a las leyes que son de aplicación a la negociación colectiva funcionarial o laboral. Se produce además una confusa situación al no distinguirse ni relacionarse sujetos legitimados y ámbitos de negociación.

En relación con el PDI hay Estatutos que no recogen ninguna mención a los sujetos legitimados (Universidades de Huelva, Málaga, Sevilla y Pablo de Olavide), o simplemente remiten a las normas legales de aplicación (Univer-

[22] Cfr. EUCA, art. 124,m); EUCO, art. 190; EUGR, art. 107; EUMA, art. 90; EUSE, art. 76.
[23] Cfr. EUAL, art. 132, e); EUCA, art. 146; EUCO 218, c) y 220; EUJA, art. 128.

sidad de Córdoba[24]). Otros Estatutos, sin embargo, señalan como sujetos legitimados para negociar a los órganos de representación del PDI (Universidades de Almería, Cádiz, Granada, Jaén)[25]. Este reconocimiento de competencia negociadora se hace sin diferenciar colectivos de PDI funcionario y laboral, y sin distinguir ámbitos de negociación.

En las regulaciones estatutarias que afectan al PAS la atribución de legitimación para negociar se diversifica aún más. Hay Estatutos en los que no se realiza mención expresa a los sujetos legitimados para negociar y se remite a las Leyes que son de aplicación (Universidad de Córdoba)[26]; otros señalan como sujetos legitimados para negociar a los órganos de representación del personal (Universidades de Cádiz y Jaén)[27], o a los representantes de los trabajadores o representantes del PAS (Universidades de Granada y Pablo de Olavide)[28]; también los hay que atribuyen simultáneamente la legitimación a los órganos de representación y a los sindicatos con representación en la misma Universidad (Universidades de Almería y Huelva)[29]; y otros, en fin, determinan como legitimados para negociar a las organizaciones sindicales más representativas en la correspondiente Universidad (Universidades de Málaga y Sevilla)[30].

Como puede comprobarse hay todo un elenco de sujetos legitimados que normalmente se expresan sin distinguir si la legitimación afecta a funcionarios o laborales, si afecta a ambos colectivos para que negocien materias y condiciones de trabajo comunes, o si la legitimación es para negociar en la propia Universidad o para hacerlo conjuntamente con otras Universidades. Es más, las referencias a los representantes o a los órganos de representación del PDI o del PAS, pueden entenderse como referidas a las representaciones unitarias (Juntas de Personal y Comités de Empresa), lo que suele ser lo habitual, representaciones que, por otra parte, en relación con los funcionarios no tienen reconocidas competencias negociadoras (art. 40 EBEP); pero también hay Estatutos que incluyen como órganos de representación, junto a las representaciones unitarias, a las Secciones Sindicales y organizaciones sindicales (Universidades de Jaén y Pablo de Olavide)[31].

[24] Cfr. EUCO art. 190.

[25] Cfr. EUAL, art. 101.2; EUCA, art. 104; EUGR, art. 108.2; EUJA, art. 97.

[26] Cfr. EUCO, art. 220.

[27] Cfr. EUCA art. 144.1; EUJA, art. 130.

[28] Cfr. EUGR, art. 145-147; EUPO, art. 123.1.

[29] Cfr. EUAL, art. 135.1; EUHU, art. 164.

[30] Cfr. EUMA, art. 107; EUSE, art. 111, estatutos que matizan que la mayor representatividad debe tenerse "en su ámbito".

[31] Cfr. EUJA, arts. 96.2 y art. 130; EUPO, art. 108.

En la confusa situación generada no se cumplen las reglas sobre legitimación para formar parte de las Mesas Negociadoras en las que se debe desarrollar la negociación colectiva de los funcionarios de las Universidades o cuando se requiere negociar materias y condiciones de trabajo comunes para funcionarios y laborales, reglas que se establecen en los arts. 33 y 36 EBEP, y que son de obligada observancia al constituir bases para el funcionamiento de las Administraciones Públicas, incluidas las Universidades. El respeto a las reglas de legitimación establecidas en el EBEP debe producirse con independencia de que esta norma no se haya ocupado de consagrar las Mesas de Negociación en las Universidades Públicas. Lo mismo sucede en el ámbito del personal laboral en el que tampoco se reflejan adecuadamente los requisitos de legitimación que se han establecido por la jurisprudencia para la negociación colectiva de convenio colectivo único[32] como sucede con los aplicables al personal laboral de todas las Universidades Andaluzas

El problema estriba, a nuestro juicio, en que los Estatutos de las Universidades Públicas de Andalucía reflejan un exceso de garantismo sindical que hace que se incluyan regulaciones sobre aspectos que no son competencia de las Universidades, adentrándose éstas en un terreno que no les corresponde. La legitimación para negociar en la ámbito de las Universidades está regulada en el EBEP, norma básica por la que tienen que regirse todas las Administraciones Públicas, sin que las Universidades puedan disponer, ni siquiera en uso de la autonomía universitaria, de las reglas de legitimación establecidas en dicha norma, que remite también, para la negociación colectiva del personal laboral, al Estatuto de los Trabajadores.

Las materias objeto de negociación es otro de los temas que presenta interés. Su análisis hay que abordarlo desde la perspectiva del art. 37 EBEP, en el que se regulan las materias que serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, y las materias que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación. Se trata de un precepto, a nuestro juicio, aplicable tanto a personal funcionario como a personal laboral[33]. La aplicación del art. 37 EBEP al personal laboral

[32] Nos referimos a la aplicación del denominado "criterio mixto" para determinar la legitimación de las partes negociadoras, criterio que consiste en aplicar para la legitimación de la parte empresarial las reglas del art. 87.1 E.T., y para la legitimación de la parte social las del art. 87.2 E.T. Por todas SSTS, Social, 21-12-99 (RJ 528/00) y STSS, Social, 24-22-04 (RJ 1591/05), en las que se expone la doctrina aplicable a la legitimación para negociar en supuestos de unidades empresariales complejas como en los grupos de empresas o en las Administraciones Públicas. Específicamente para Universidades Públicas STS, Social, 20-10-97 (RJ 8083/97), en el que se aborda la legitimación en el convenio colectivo del personal laboral de las Universidades Públicas de Galicía, del que se autoexcluyó la Universidad de La Coruña.

[33] Cfr. En el mismo sentido, Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos" en "Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público", Dir. Sánchez

no debe ofrecer dudas si se tiene en cuenta la previsión existente en el art. 38.8 para la conclusión de Pactos y Acuerdos sobre materias y condiciones generales de trabajo comunes a personal funcionario y laboral, al amparo del art. 37. Es cierto que hay materias de las que se relacionan que se refieren expresamente a los funcionarios públicos, pero las materias que se relacionan en el art. 37.1 son similares a las que se establecen en el art. 85 ET, y no parece razonable pensar que las peculiaridades que concurren en la Administración Pública como empleadora solamente aparezcan en relación con el personal funcionario y no en relación con el laboral. El art. 37 EBEP establece con mayor precisión -que lo hacía el art. 32 LOR- el alcance de la negociación en relación con las materias que se pueden negociar y, en este sentido, como comprobaremos después debe operar a efectos de aclarar la interpretación que debe darse a algunos preceptos de los Estatutos universitarios que se ocupan de las materias a negociar. De hecho, algunos Estatutos someten expresamente la negociación de las condiciones de trabajo, aunque no es necesario hacerlo, a su conformidad con lo establecido en la legislación vigente[34].

En relación con el PDI hay Estatutos que no se ocupan de regular las materias que pueden ser objeto negociación (Estatutos de las Universidades de Córdoba, Huelva, Málaga, Sevilla y Pablo de Olavide); otros Estatutos, sin embargo, regulan como materias objeto de negociación colectiva la relación de puestos de trabajo (RPT) (Universidades de Cádiz, Granada y Jaén)[35], restringiéndose, incluso, en algún caso, la negociación colectiva, a la creación de plazas del PDI contratado (Universidad de Almería[36]). Con este bagaje se cubren las referencias a todas las materias que pueden ser objeto de negociación en el ámbito del PDI.

En relación con el PAS, las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva se amplían significativamente. Son bastantes las materias que, en una estimación general, encontramos sometidas a negociación colectiva, aunque es diversa la recepción que se hace en cada Estatuto. Aunque existen Estatutos que no hacen mención alguna a las materias objeto de negociación y remiten a las Leyes de aplicación (Universidad de Córdoba), en el conjunto de los Estatutos

---

Morón, Lex Nova, 2ª Edición, 2008, págs. 295-296; Rabanal Carbajo, P."Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor", en "Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas", Cuadernos de Derecho Judicial" Dir. Luelmo Millán, Consejo General del Poder Judicial, VII 2007, págs. 290-291 en donde realiza unas interesantes consideraciones sobre la aplicación del art. 37 a la negociación colectiva del personal laboral.

[34] Así, EUAL, art. 139; EUCA, art. 147; EUGRA, art. 151.

[35] EUCA, art. 104; EUGR, art. 108.2; EUJA, art. 97.

[36] EUAL, art. 110.

las negociación colectiva está prevista en relación con ofertas de empleo, selección del personal, provisión de vacantes, formación, creación de escales y categorías, jornada, etc…[37]. La recepción que los Estatutos de estas materias es distinta, pero hay una materia en la que todos los Estatutos que regulan las materias que se pueden negociar coinciden: las relaciones de puestos de trabajo (RPT´s).

Si se comparan las llamadas que se hacen a la negociación colectiva en las regulaciones que afectan al PDI y las que afectan al PAS, puede comprobarse que es significativamente mayor en este último colectivo. Y si comparamos las materias a las que se reserva la posibilidad de negociar veremos que en el PDI el interés únicamente se centra en las RPT´s en los tres Estatutos que se ocupan de la negociación en este colectivo; mientras que para el PAS son varias las materias que se recogen y ocho Estatutos expresamente prevén la negociación de la RPT.. En nuestra opinión, esta situación es reflejo del poder de influencia sindical que existe en cada Universidad, que como ya ha quedado señalado en otro lugar, tiene mayor pujanza en el ámbito del PAS. El objetivo sindical de controlar el empleo en las Universidades tiene una importante manifestación con la intervención y control sindical que se produce a través de la negociación de las RPT´s, alcanzando su mayor expresión en el colectivo del PAS. En relación con este colectivo llama la atención la forma exhaustiva que en algunos casos se concreta el sometimiento a la negociación colectiva y la generalizada presencia entre las materias objeto de negociación las relativas a las RPT´s.

Esta remisión a la negociación colectiva para la aprobación de las RPT´s, plantea, a nuestro juicio, dudas jurídicas más que razonables en cuanto que las RPT´s constituyen el instrumento a través del que "las Administraciones Públicas estructuran su organización" (art. 74 EBEP). Este es un dato de extraordinaria importancia porque no se puede olvidar que están excluidas de la obli-

[37] EUAL, incluyen como materia objeto de negociación, la RPT [art. 135.1]; las tareas, funciones y, en su caso, competencias [art. 135.4]; la oferta de empleo y provisión de vacantes [art. 138]; y formación [art. 140]. EUCA establecen como materias objeto de negociación, los procedimientos de selección y provisión; promoción, perfeccionamiento y carrera profesional; traslados; RPT; definición de escales y especialidades; jornadas de trabajo y licencias [art. 147]. EUGR, establecen como materias objeto de negociación el reglamento de régimen general de funcionamiento del PAS [art. 145] y la RPT [art. 147.2]. EUHU incluyen la RPT [artl 164] y la oferta de empleo [art. 167]. EUJA establece como materias objeto de negociación la RPT [art. 130], los sistemas de selección de plazas [art. 132.2] y el reglamento de contratación y nombramiento del PAS [art. 132.3]. EUMA incluyen la RPT [art. 107], la convocatoria de pruebas selectivas [art. 111], la creación de escalas o categorías o su extinción y la provisión de vacantes [art. 116]. EUSE, incluyen como materias para negociar, las retribuciones de los funcionarios [art. 111], la selección, habilitación, formación y promoción interna [art. 114], la RPT [art. 115]. EUPO incluyen como materias para negociar, la RPT [art. 123.1], la oferta de empleo [art. 126] y la provisión de puestos de trabajo [art. 128].

gatoriedad de la negociación colectiva "las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización" (art. 37.2,a) EBEP); y la aprobación de la RPT es una manifestación de las potestades de organización de las Universidades. La regulación en los Estatutos de las RPT´s, parece estar instituyendo la obligación de negociar, en todo caso, una materia respecto de la que la legislación específica realiza una regulación distinta. Podría entenderse que esta regulación incondicionada e inespecífica, conlleva la obligación de negociar todos los aspectos que atañen a las RPT´s, incluso la necesidad, conveniencia u oportunidad de su establecimiento y modificación. Ya hemos indicado que el EBEP excluye de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, si bien cuando las consecuencias de dichas decisiones tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo procederá la negociación de dichas condiciones (art. 37.2, a) EBEP).

La jurisprudencia existente hasta ahora, generada sobre la interpretación de la Ley 9/87 (LOR), y discutible en algunos aspectos, deja claro que la RPT en cuanto instrumento de ordenación del personal se inserta en la potestad organizativa de la Administración; y esto afecta tanto a las RPT del personal funcionario como a las del personal laboral (STS, Cont-Adm., 13-3-06 y 6-10-08). Si en esto se puede afirmar que es unánime la doctrina del Tribunal Supremo, no se puede afirmar lo mismo cuando se trata de pronunciarse sobre la obligación de negociar las RPT´s. Para un sector de la jurisprudencia no es precisa la previa negociación sindical para aprobar la RPT o modificarla, pues son un instrumento de ordenación u organización del personal, manifestación de la potestad organizatoria de la Administración (SSTS, 3ª, Cont-Admt., 22-5-01 y 16-11-01, entre otras); en la confección de la plantilla preponderan aspectos organizativos y presupuestarios propios de la potestad organizatoria (STS, 3ª, Cont-Admt, 16-11-01). Y, por igual razón, tampoco son negociables la asignación de funciones a los distintos órganos que forman la estructura orgánica de una unidad administrativa, pues son el paradigma de una decisión que afecta a la potestad de organización de la correspondiente Administración Pública (STS, 3ª, Cont-Admt. 22-5-01). Por tanto, la RPT en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad organizativa queda fuera de la negociación colectiva (STS, Cont-Admit. 13-3-06). Sin embargo, otro sector considera que la RPT, por su propio contenido exige la negociación colectiva dada la amplitud de materias que pueden ser objeto de negociación, operando la exclusión de la negociación colectiva en aquello que puedan constituir manifestaciones de la potestad doméstica de la Administración (STS, Cont-Admit., 22-5-08, 2-7-08, 2-10-08). De estas dos visiones se puede concluir que existe coincidencia en: a) que la RPT es una manifestación de la potestad de organización de las Administraciones Públicas; y, b) que hay

aspectos de la RPT que no son negociables por formar parte de la potestad doméstica o de organización de los servicios de las Administraciones Públicas. Estas elementales conclusiones ponen ya de manifiesto la inconveniencia de que los Estatutos contemplen de la forma en que lo hacen la negociación colectiva de las RPT´s, pues puede entenderse que se incluye aquello que sea una mera manifestación de la potestad organizativa o de disposición de los servicios; esto es, se corre el riesgo de considerar materia objeto de negociación la estructura organizativa y la determinación de los puestos de trabajo que la integran o del número de efectivos[38].

Pero es más, podría plantease que la exclusión de la obligatoriedad de la negociación no significa que la Administración Pública, en este caso, las Universidades puedan potestativamente obviar dicha exclusión. A nuestro juicio, no es posible que las Universidades, en cuanto Administraciones Públicas que son, transijan o admitan negociar las RPT´s, y en este sentido se ha pronunciado ya algún sector de la doctrina que aboga por la prohibición taxativa para negociar las materias que excluye de la obligatoriedad de la negociación el art. 37.2 EBEP[39], pues se considera que el EBEP consagra un derecho a la negociación colectiva en términos especiales, siendo uno de ellos la obligatoriedad frente al carácter facultativo en el sector privado, siendo obligatoria la negociación en las materias que es posible hacerlo, sin que sea posible plantearla en las materias excluidas pues la Administración no actuaría de manera discrecional sino reglada[40]. La Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, se pronunció en el sentido indicado, e incluso llega a afirmar que los posibles compromisos que puedan alcanzarse en materia de decisiones relativas a las potestades de organización de las Administraciones Públicas, no tienen la eficacia jurídica de los Pactos y Acuerdos producto de la negociación colectiva[41]. Pero es que, además, el

[38] Cfr. Roqueta Buj, R., "El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público", La Ley, 2007, págs. 292-293.

[39] Cfr. Rabanal Carbajo, P."Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor", en "Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas", Cuadernos de Derecho Judicial" Dir. Luelmo Millán, Consejo General del Poder Judicial, VII 2007, págs. 290-291 en donde realiza unas interesantes consideraciones sobre la aplicación del art. 37 a la negociación colectiva del personal laboral.

[40] Cfr. López Gandía, J. "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico", Ponencia presentada por su autor en el XIX Congreso Nacional de la AEDTSS, celebrado el Badajoz los día 29 y 30 de mayo de 2008, pág. 28.

[41] Cfr. "Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público", abril 2.005, pág. 183 señala como materia expresamente excluidas de la negociación <<las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, en la triple acepción de poderes de estructuración de competencias y órganos administrativos, poderes de elección de modalidades de gestión y poderes de dotación o asignación de medios>>.

propio EBEP deja claro lo que debe entenderse por derecho de negociación colectiva de los empleados públicos: "el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo" (art. 31.2). Por ello, el art. 37.2, a) EBEP es respetuoso con el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, cuando repercutan en las condiciones de trabajo las decisiones organizativas de las Administraciones Públicas, garantizándose en estos casos la negociación de dichas condiciones. La potestad de autoorganización que tienen reconocidas las Universidades Públicas en virtud del derecho a la autonomía universitaria, no puede quedar condicionada por el derecho a la negociación colectiva; cuestión distinta es la determinación de las condiciones de trabajo de sus empleados, que es lo que ampara este último derecho.

El art. 37 EBEP tiene también incidencia en la interpretación que puede darse a algunos preceptos de los Estatutos universitarios que prevén la negociación en relación con otras materias. Hay Estatutos que prevén la negociación colectiva en materia de ofertas de empleo[42], provisión de vacantes[43], formación[44], carrera profesional[45], traslados[46], jornada[47], licencias[48], convocatoria pruebas selectivas[49], procedimientos de selección[50], promoción interna[51], creación, modificación o extinción de escalas y categorías[52], materias en la mayoría de los casos se prevé la realización del acto concreto previa negociación con los representantes unitarios o sindicales. Hay que tener en cuenta que el art. 37 EBEP en relación con estas materias lo que hace es delimitar el alcance de la negociación a "los criterios generales", salvo en el caso de la jornada. Así, conforme al art. 37.1 deben ser objeto de negociación, las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo; los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; y los criterios generales sobre ofertas de empleo; y, por el contrario, conforme al art. 37.2, e) está excluida de la obligatoriedad de la negociación la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo

[42] Cfr. EUAL, art. 138,; EUHU, art. 167: EUPO, art. 126.
[43] Cfr. EUAL, art. 138; EUCA, art. 147; EUMA, art. 116; EUSE, art. 114; EUPO, art. 128.
[44] Cfr. EUAL, art. 140; EUJA, art. 135; EUSE, art. 114.
[45] Cfr. EUCA, art. 147.
[46] Cfr. EUCA, art. 147.
[47] Cfr. EUCA, art. 147.
[48] Cfr. EUCA, art. 147.
[49] Cfr. EUMA, art. 111.
[50] Cfr. EUCA, art. 147; EUJA, art. 132; EUSE, art. 114.
[51] Cfr. EUCA, art. 147; EUSE, art. 114.
[52] Cfr. EUCA, art. 147; EUMA, art. 116.

público y la promoción profesional[53]. En nuestra opinión, es muy importante tener en cuenta las precisiones que introduce el art. 37 EBEP para poder realizar una interpretación y aplicación adecuada de los preceptos de los Estatutos Universitarios que prevén la negociación sobre las materias referidas.

4. LOS ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICA ANDALUZAS

4.1. La homogeneización de las relaciones laborales en las Universidades Públicas Andaluzas

1. Homogeneización de las relaciones laborales en las Universidades Públicas Andaluzas. La conclusión de unos mismos acuerdos o convenios colectivos para todas las Universidades Andaluzas supone el establecimiento de un instrumento de homogeneización como sucede en cualquier otro ámbito de la actividad productiva. Ya hemos visto que la opción homogeneizador viene impuesta estatutariamente a tres Universidades, no siendo, por otro parte, una opción de obligada aceptación que partes de las mismas. El derecho a la autonomía universitaria supone la potestad de autoorganizarse y establecer reglas de funcionamiento propias, así como de las condiciones de trabajo de los empleados de la Universidades, sin que ello implique la exclusión de la negociación colectiva. La opción homogeneizadora tiene incluso respaldo en la legislación autonómica que establece como objetivo y fin de la coordinación de las Universidades Andaluzas, el impulso de criterios y directrices para la consecución de políticas homogéneas sobre plantillas, negociación colectiva y acción social, dentro del respeto a la autonomía y a las peculiaridades de cada Universidad (art. 66.5º LAU); coordinación, por tanto, que como principio informador del Sistema Universitario Andaluz debe realizarse respetando la propia identidad de cada una de las Universidades (art. 3.b)). La homogeneización no es que sea contraria a la potestad organizativa de las Universidades, pero puede conllevar factores de rigidez que condicionen la organización y el funciona-

[53] Cfr. "Informe de la Comisión para el estudio…", esta exclusión se justifica por la necesidad de velar por <<el derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, respecto de las cuales la Administración ejerce potestades públicas por esencia, que no puede ser objeto de renuncia o transacción. Son las normas objetivas, elaboradas exclusivamente en cumplimiento de aquel derecho fundamental, y las decisiones de los órganos públicos responsables de aplicarlas las que deben garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y lo que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados>>, pág. 184.

miento de aquellas, para dar una respuesta adecuada a los mandatos que legalmente se imponen a aquellas:

A) La autonomía universitaria no excluye sino que por el contrario hace posible que las Universidades rindan cuentas del uso de sus medios y recursos a la sociedad (art..4 LOU); son principios informadores del Sistema Universitario Andaluz la gestión eficiente, responsable y solidaridad, y la evaluación de las actividades universitarias con el fin de mejorar su rendimiento académico y social (art. 3.c) y g) LAU). En este sentido, se establece como objetivo de la coordinación universitaria la fijación de criterios comunes para la evaluación de la eficacia, la eficiencia y el rendimiento de las actividades, estructuras y servicios universitarios (art. 66.2º), que siempre deberán respetar la identidad propia de cada Universidad. La autonomía universitaria y la rendición de cuentas a la sociedad son objetivos que se pretenden potenciar con la modificación de la LOU, declarando el legislador que "la autonomía es la principal característica que las Universidades tienen para responder con flexibilidad y rapidez a las cambiantes necesidades" de la sociedad –según consta en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2007–.

B) La inclusión de la cultura de la competitividad en la actividad de las Universidades. Entre los objetivos que se establecen para la garantía de la calidad de las Universidades españolas está "la competitividad de las Universidades en el ámbito nacional e internacional" (art. 31.b) LOU); y entre los objetivos que se fijan para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico está el de asegura "el fomento de la calidad y competitividad internacional de la investigación desarrollada por las Universidades españolas" (art. 41.2, a) LOU).

C) En consonancia con lo anterior está el establecimiento de un modelo de financiación condicionado por los resultados y que, además, obliga las Universidades Andaluzas a la búsqueda de financiación propia. El modelo de financiación de las Universidades Andaluzas se organiza en dos grupos de fuentes de financiación, uno de financiación básica, destinada a garantizar la prestación del servicio con un nivel de calidad suficiente homogéneo, y otro de financiación afecta a resultados, destinado a fomentar la mejora de la calidad del servicio, estando este último sometido a la obtención de objetivos que se definan en contratos programa (art. 91.4 LAU). Además, las Universidades en uso de su autonomía están obligadas a la obtención de un mínimo de recursos adicionales a los procedentes de las transferencias derivadas del modelo de financiación (art. 91.5 LAU).

En nuestra opinión, los datos legales expuestos son lo suficientemente convincentes como para pensar en que la homogeneización debe tener unos límites que permitan que cada Universidad cumpla adecuadamente con los objetivos que se le marcan legalmente. Las Universidades Andaluzas deben

tener un mayor ámbito de disponibilidad del que actualmente deriva del convenio colectivo vigente. Como a continuación veremos, hay aspectos de los acuerdos y de los convenios colectivos que introducen rigideces que son difícilmente compatibles con los mandatos legales que deben cumplir las Universidades y que están muy lejos de las pretensiones flexibilizadoras que se aducen para justificar la presencia del personal laboral en las Administraciones Públicas, llegando incluso a incidir en la potestad organizativa de las Universidades.

4.2. **Los acuerdos de homologación para el personal de las Universidades Públicas Andaluzas**

El 24 de julio de 2003 se suscribió, en la Mesa Sectorial de las Universidades Andaluzas, acuerdo consistente en la ratificación de acuerdos previamente aprobados en ámbitos de negociación diferentes: la Mesa Técnica del PAS funcionario y el grupo de trabajo de materias comunes. Estos acuerdos suscritos por representantes de todas las Universidades Públicas Andaluzas y de las organizaciones sindicales CC.OO., U.G.T. y CSI-CSIF, son conocidos como los acuerdos de homologación del personal de las Universidades Públicas Andaluzas.

Esta opción homogeneizadora no deja de llamar la atención si se considera, por una parte, su carencia de funcionalidad con el significado de la autonomía universitaria y, por otro, la escasa recepción que esta opción tiene en los Estatutos Universitarios. En cuanto a lo primero, porque no parece coherente con el contenido de la autonomía universitaria que comprende la capacidad para autoorganizarse de cada Universidad y permite hacerlo atendiendo a las particularidades de cada una, ya que los acuerdos no solamente afectan a las condiciones de trabajo de sus empleados, sino que condicionan el ejercicio de las competencias de los órganos de gobierno. En lo que se refiere a lo segundo, son tres los Estatutos –sin perjuicio de posibles acuerdos de los Consejos de Gobierno en el mismo sentido– que contemplan la opción homogenerizadora con otras Universidades Andaluzas,[54] incluso con las del resto del Estado[55], y únicamente en relación con el PAS, y, en todo caso, sin menoscabo de las condiciones de trabajo existentes en la propia Universidad.

Los acuerdos ratificados por la Mesa Sectorial el 24 de julio de 2003 son los siguientes:

1.- Acuerdo de 19 de marzo de 2003 para la homologación del PAS funcionario. En este acuerdo se pactan los niveles y cuantías del complemento de

[54] Cfr. EUAL, art. 137; EUCA, art. 150.3; EUJA art. 131.6.
[55] Cfr. EUCA, art. 150.3,

destino de las distintas Escalas del personal funcionario, los intervalos de nivel y cuantías del complemento específico, y el establecimiento de un nuevo complemento de homologación. Complementando a este acuerdo se ratificó otro de 19 de noviembre de 2003 de la Comisión de Seguimiento, en el que se fijaban niveles y cuantías del complemento de destino y del complemento específico de determinadas escalas de funcionarios.

2.- Acuerdo de 19 de marzo de 2003 para la percepción del complemento de homologación del PAS. Se trata en este acuerdo el establecimiento de un complemento de nivelación de las condiciones retributivas del PAS, y es aplicable tanto a personal funcionario como a personal laboral.

3.- Acuerdo de 19 de marzo de 2003 sobre complemento de productividad y mejora de la gestión y los servicios del PAS. Mediante este acuerdo se comprometen las Universidades Andaluzas en establecer un complemento de productividad o incentivo a la mejora de los servicios. Este acuerdo es aplicable al PAS funcionario y al laboral.

4.- Acuerdo de 24 de marzo de 2003 en relación con la homologación de la Acción Social de los empleados de las Universidades Públicas Andaluzas. Este acuerdo se aplica al PDI y al PAS tanto funcionario como laboral.

5.- Acuerdo de 24 de marzo de 2003 en materia de jornada, vacaciones, permisos y licencias. Con este acuerdo se homologa y unifica el régimen de las referidas materias tanto para el PAS funcionario como el laboral.

6.- Acuerdo en materia de Prevención de Riesgos y Salud Laboral del PAS funcionario. Se trata de un acuerdo en el que se regulan aspectos relativos a la prevención de riesgos como derechos y obligaciones, Delegados de Prevención, Comité de Seguridad y Salud, Servicios de Prevención, vigilancia de la salud, entre otros. Este acuerdo afecta a los funcionarios, aunque en algunas cláusulas se utiliza el término genérico de empleados.

Como puede observarse estamos ante unos acuerdos en unos casos referidos a PAS funcionario (homologación y prevención de riesgos laborales), en otros a PAS funcionario y laboral (complementos homologación y productividad, y jornada, vacaciones, permisos y licencias), y también, en algún caso, además del al PAS funcionario y laboral al PDI (acción social). Por otra parte, llama la atención que hay acuerdos sobre materias esenciales, como el de prevención de riesgos laborales, que solamente se aplican a PAS funcionario. Para aprobar estos acuerdos se utiliza la estructura existente para la negociación colectiva de los funcionarios, al tiempo de su firma; estructura negocial regulada en la Ley 9/87 (LOR), que no era aplicable al personal laboral, articulándose una especie de Acuerdos mixtos que no era posible ampararlos en la legislación funcionarial sobre negociación colectiva en el momento que se firmaron. En ese momento no existía soporte legal para aprobar Acuerdos mixtos, que reiteradamente venían siendo declarados ilegales por los Tribunales. La situa-

ción en relación con este tipo de acuerdos cambió a raiz de la Ley 21/2006, de 20 de junio, que modificó la Ley 9/87, introduciendo las Mesas Generales de Negociación de materias y condiciones de trabajo comunes a personal funcionario y laboral[56], que han sido mantenidas por el EBEP.

En cuanto al contenido de lo negociado se observa que se negocia en relación con materias respecto de las que los Consejos de Gobierno de las Universidades tienen atribuidas competencias por los correspondientes Estatutos, unas veces para aprobar las políticas o los criterios de actuación y otras para aprobar el acto o disposición concreta en relación con algunas materias[57]. Ello significa que, por el órgano colegiado de gobierno universitario deberían haberse formulado, con carácter previo a la negociación, políticas o criterios que pueden actuar como "instrucciones" a los representantes de las universidades para acometer la negociación para el caso de que éstas no hubieran existido. Y, en todo caso, además los acuerdos alcanzados deberían haberse sometido a la aprobación expresa y formal de los Consejos de Gobierno de cada Universidad para que pudieran tener validez y eficacia, tal como establecía el art. 35 LOR. Pues bien, con seguridad el establecimiento por los Consejos de Gobierno de instrucciones previas a la negociación colectiva como exigía el art. 37.1 LOR, ni la aprobación expresa y formal por dichos órganos de gobierno como determinaba el art. 35 LOR, no se produjo en todas las Universidades, habiéndose procedido a aplicar los acuerdos por la vía de hecho. A nuestro juicio, para abordar la negociación colectiva deberían haberse tenido en cuenta las políticas y criterios que se hayan establecido por los Consejos de Gobierno o, en su defecto, deberían haberse dado instrucciones que han de tener en cuenta los negociadores. Por otro lado, la sujeción de la negociación colectiva a lo establecido en los Estatutos obliga a que se realice control de legalidad sobre la conformidad de lo pactado a los mismos y a las leyes y reglamentos que puedan

[56] Cfr. Al respecto Valverde Asencio, A.J. "Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: la Ley 21/2006", Temas Laborales, nº 87/2006, págs. 83-104.

[57] Cfr. EUAL art. 41.V), el Consejo de Gobierno tiene competencia para aprobar, en relación con el PAS, entre otras, las RPT´s y la política sobre retribuciones y promoción del mismo; EUCA, art. 46.22, corresponde al Consejo de Gobierno establecer el régimen retributivo del PAS, así como los criterios de promoción profesional; y conforme al art. 155 aprobar, a propuesta de la Gerencia, la normativa que regule el calendario laboral y las distintas modalidades de jornada de trabajo del PAS; EUCO, art. 45.17, es competencia del Consejo de Gobierno establecer los criterios y las normas aplicables a la promoción del PAS; EUGR, art. 152.2, es competencia del Consejo de Gobierno establecer reglamentariamente el régimen retributivo del personal funcionario; EUJA, art. 135, el Consejo de Gobierno tiene competencia para establecer reglamentariamente las retribuciones del PAS funcionario; EUMA, art. 18.r) el Consejo de Gobierno establece los criterios para la promoción del PAS; EUPO, art. 19.o), el Consejo de Gobierno establece criterios para la promoción del PAS.

ser de aplicación; y, además, por imperativo de la LOR los acuerdos alcanzados deberían haberse sometido a la aprobación de los Consejos de Gobierno.

4.3. **El IV Convenio Colectivo del Personal Laboral**

No vamos a realizar aquí un examen de cada una de las cláusulas que integran el contenido del convenio colectivo aplicable al personal laboral de las Universidades Andaluzas. Sin olvidar el contenido del mismo vamos a analizar algunas cuestiones de carácter general que consideramos de interés.

1. En IV Convenio Colectivo se estructura de la negociación colectiva en dos niveles. El convenio responde a la estructura de un convenio colectivo de sector integrado por las Universidades Andaluzas, cuyo contenido vincula a todas ellas al haberse constituido en parte negociadora. Sus cláusulas son comunes y aplicables a las relaciones laborales existentes en todas las Universidades Públicas de Andalucía. Junto a este ámbito de negociación supraempresarial sectorial formado por todas dichas Universidades, el convenio colectivo diseña otro ámbito de negociación inferior constituido por el que se corresponde con cada Universidad. Son numerosas las materias en las que para aplicar las cláusulas del convenio, existen remisiones a la negociación colectiva en el ámbito propio de cada Universidad. En el convenio colectivo encontramos numerosas llamadas a los acuerdos con el Comité de Empresa en materia de RPT´s (art. 13), movilidad funcional, (art. 17), provisión de vacantes (art. 18), concursos de traslado (art. 19), promoción interna (art. 21), jornada (art. 27), horario flexible (28), etc.

Si peculiar es la composición de la comisión negociadora amparada en la utilización del denominado "criterio mixto" admitido por la jurisprudencia[58], tampoco deja de llamar la atención el hecho de que en el convenio colectivo se determine como parte social negociadora a nivel inferior solamente a uno de los sujetos legitimados para negociar conforme al art. 87 ET. El convenio colectivo señala como sujeto legitimado para negociar en el ámbito de cada Universidad al Comité de Empresa, obviando la legitimación que el art. 87 ET atribuye a las representaciones sindicales.

2. De las cláusulas del IV Convenio Colectivo se puede deducir una rigidificación de las relaciones laborales que conllevan una relevante limitación del poder de dirección. Cuando en la Exposición de Motivos del EBEP se justifica la inclusión y el incremento de personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, lo hace desde la perspectiva de la flexibilidad y la mayor proximidad a criterios de gestión de la empresa privada que proporciona el

[58] SSTS, Social, 21-12-99 (RJ 528/00) y STSS, Social, 24-22-04 (RJ 1591/05).

régimen de trabajo sometido a la legislación laboral a la hora de articular las relaciones laborales. Si analizamos el convenio colectivo podemos comprobar como la dificultad de identificar la presencia de estas ideas expresadas por el legislador.

Son numerosas las decisiones que deben ser adoptadas previa negociación con el Comité de Empresa y que no son en todos los casos decisiones de regulación sino de ejecución de lo pactado. Esto crea una exorbitante limitación del poder de dirección que deben ejercer las Gerencias de las Universidades. Se requiere acuerdo o negociación previa con el Comité de Empresa para lo siguiente:

La modificación sustancial de condiciones de trabajo cuya regulación no distingue si son individuales o colectivas y no pueden efectuarse si no son aceptadas por los representantes de los trabajadores, sometiéndose el desacuerdo a arbitraje (art. 13.3): la movilidad funcional se limita para cuando no pueda realizarse la cobertura del puesto y siempre que se prevea que pueden producirse graves perjuicios para el servicio, debe responder a necesidades excepcionales y perentorias y durará el tiempo mínimo imprescindible, precisando comunicarlo al Comité de Empresa en la movilidad ascendente y precisando, para la movilidad descendente, acuerdo previo con dicho Comité, previéndose el arbitraje para caso de desacuerdo (art. 17); para la provisión de vacantes, la utilización de procesos selectivos de nuevo ingreso se establece como excepcional y queda reservada a puestos de trabajo cuya naturaleza o exigencias aconsejen una especial cualificación (art. 18.2); en los concursos de traslado la determinación de los puestos objeto de convocatoria (art.19); para la promoción interna la determinación de las vacantes y las bases de la convocatoria, sometiéndose a arbitraje el desacuerdo sobre éstas (art. 21); la adecuación al puesto de trabajo por disminución de la capacidad del trabajador, pudiendo someterse a arbitraje la propuesta de resolución (art. 26); para establecer la jornada partida del personal que presta servicios en laboratorios durante el período de impartición de prácticas docentes, siempre que éstas se realicen mañana y tarde y no pueda cubrirse este servicio por turnos(art. 27.2); para establecer horario flexible (art. 28); para establecer criterios sobre trabajo en sábados, domingos y festivos (art. 30); para disponer de las vacantes producidas por jubilación obligatoria (art. 64).

Cláusulas como las indicadas no flexibilizan sino que rigidifican las relaciones laborales y condicionan el ejercicio del poder de dirección en exceso. Ya no se trata de regular mediante la negociación colectiva dicho aspectos de la relación laboral, sino que se trata también de intervenir en la aplicación y ejecución de los mandatos contenidos en el convenio que debe adoptar la Gerencia conforme al mismo.

3. Se detecta también el IV Convenio Colectivo una limitación del poder de autoorganización propio de las Universidades. Afectan a esta potestad, sobre

todo, la obligación de que la elaboración y la modificación de las RPT´s se realicen previa negociación con el Comité de Empresa (art. 14). Las RPT´s son instrumentos que sirven a las Administraciones Públicas para "estructurar su organización", ordenándose de esta forma los puestos de trabajo. El convenio colectivo somete de esta forma la decisión sobre la "estructura de la organización" de las Universidades a la exigencia de la previa negociación, lo que afecta claramente a las potestades de autoorganización. Cosa distinta es que en el marco de sus competencias de autoorganización, las Universidades estructuren sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulen la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones, en lo términos que establece el art. 72 EBEP. En todo caso, la negociación debe afectar al establecimiento de las condiciones de trabajo, pero no a la potestad de decidir los puestos de trabajo que se precisan de cada grupo y categoría profesional.

4. La inclusión del personal laboral de las Universidades en el ámbito de aplicación del EBEP ha tenido repercusión en el IV Convenio Colectivo en cuanto se produce una falta de ajuste a las normas legales de aplicación. Los preceptos del EBEP aplicables al personal laboral son directamente aplicables a este colectivo de las Universidades Públicas de Andalucía y podrán afectar a lo pactado en el convenio en virtud de la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio. Es novedosa al respecto la necesidad de observar lo dispuesto en las normas sobre los deberes de los empleados públicos regulados en el Capítulo IV del Título IV (Código de Conducta, principios éticos y principios de conducta). Las cláusulas del convenio que sean contrarias a los regulado por el EBEP hay que entenderlas modificadas por lo dispuesto en esta Ley. En este sentido, tienen un efecto relevante los preceptos el EBEP relativos a las materias objeto de negociación en las que se aplica el EBEP (art. 37), o el régimen disciplinario regulado en el Convenio Colectivo, que resulta claramente afectado por lo dispuesto en el Titulo VII EBEP que incluso realiza la tipificación de faltas muy graves que pueden ampliarse por convenio colectivo (art. 95).

5. Se puede detectar también una falta de ajuste a los Estatutos de las Universidades y la inexistencia de un control de legalidad. La constitución de una Comisión Negociadora a nivel de Comunidad Autónoma que saque del ámbito interno de cada Universidad la negociación colectiva del personal laboral requiere, al menos, de un acto expreso de los Consejos de Gobierno en tal sentido. Las regulaciones estatutarias no contemplan la constitución de un órgano de negociación de ámbito superior, que requiere de una cesión de competencias. Los Estatutos en todos los casos atribuyen al Consejo de Gobierno alguna competencia que incide en la determinación del régimen aplicable al personal laboral. La toma de decisión a los efectos indicados se hace más patente en cuanto que los acuerdos de la Comisión Negociadora quedan

sometidos al juego de las mayorías, recogiéndose en este sentido que la adopción de acuerdos por la Comisión de Paritaria de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del convenio (CIVEA), será por mayoría absoluta de cada una de las partes integrantes de la Comisión.

En la situación de pluralidad estatutaria existente debería realizarse, antes de proceder a la firma del convenio, un control de legalidad de lo convenido. El convenio debe ser respetuoso con lo establecido en las leyes y en los Estatutos de las Universidades. Este control de legalidad, en lo que conocemos, no se ha producido.

6. Existe una tendencia a concebir el convenio colectivo como norma mínima norma mínima mejorable por acuerdos internos. Si lo que se pretende es homogeneizar las condiciones de trabajo en todas las Universidades Andaluzas la conclusión de acuerdos internos está quebrando dicho objetivo. El convenio colectivo además de homogeneizar debe pretender estructurar la negociación colectiva, indicando aquello que puede ser negociado en el ámbito de cada Universidad. Es el convenio el que autoriza lo que se puede negociar a nivel inferior. De no ser así, se crea una situación de inseguridad en las relaciones laborales y de poco sirve negociar para el conjunto de las Universidades. Para ello, es preferible que cada Universidad negocie su propio convenio adaptando el mismo a su situación particular.

4.4. **El I Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador laboral**

1. Como sucede en el convenio colectivo del PAS laboral, en este convenio se estructura de la negociación colectiva en dos niveles. El convenio responde a la estructura de un convenio colectivo de sector integrado por las Universidades Andaluzas, cuyo contenido vincula a todas ellas al haberse constituido en parte negociadora. Sus cláusulas son comunes y aplicables a las relaciones laborales existentes en todas las Universidades Públicas de Andalucía. Junto a este ámbito de negociación supraempresarial sectorial forma por todas dichas Universidades, el convenio colectivo diseña otro ámbito de negociación inferior constituido por el que se corresponde con cada Universidad. Son numerosas las materias en las que para aplicar las cláusulas del convenio, existen remisiones a la negociación colectiva en el ámbito propio de cada Universidad. La legitimación de la comisión negociadora a nivel de Comunidad Autónoma se ampara en la utilización del denominado "criterio mixto" admitido por la jurisprudencia[59]; y llama la atención el hecho de que en el convenio colectivo se determine como parte social negociadora para los niveles inferiores sola-

[59] SSTS, Social, 21-12-99 (RJ 528/00) y STSS, Social, 24-22-04 (RJ 1591/05).

mente a uno de los sujetos legitimados para negociar conforme al art. 87 ET. El convenio colectivo señala como sujeto legitimado para negociar en el ámbito de las Universidades al Comité de Empresa, obviando la legitimación que el art. 87 ET atribuye a las representaciones sindicales.

2. El ámbito personal de aplicación que se determina es para todo el personal docente e investigador y otro personal investigador que se encuentre vinculado mediante una relación jurídico-laboral a alguna de las universidades que suscriben el convenio y perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos de la misma (art. 4). Se incluye, por tanto, el personal docente e investigador contratado mediante las modalidades contractuales específicas de ámbito universitario, esto es, Ayudante, Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante (art. 48.2., párrafo 1º LOU)[60], y los interinos (art. 15.1,c) ET) para sustitución del profesorado con derecho a reserva del puesto; y además las categorías de personal investigador no recogidas en la RPT que son: el personal investigador contratado en formación, el personal investigador contratado de acuerdo con la Ley 13/86, y el personal investigador contratado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica a través de contrato de obra o servicio (art. 14.4).

Lo que suscita curiosidad con el establecimiento de ámbito personal de aplicación es la inclusión del personal que el art. 14.4 denomina categorías de personal investigador no recogidas en la RPT. Personal al que no se aplican las cláusulas de provisión de vacantes que se remiten a la legislación aplicable y la convocatoria correspondiente, ni las cláusulas sobre retribuciones. Con independencia del acierto o no de su inclusión, no es menos cierto que este personal no ha tenido el mismo grado de participación en la elección de representantes en todas las Universidades, pues las hay en las que no han participado en los procesos de elecciones sindicales y, en consecuencia, no han tenido la oportunidad de poder votar, directamente, a sus representantes unitarios e, indirectamente, a la organizaciones sindicales legitimadas para negociar.

3. No aparecen en el convenio colectivo indicios de flexibilidad, sino todo lo contrario, cláusulas que pueden propiciar la rigidificación de las relaciones laborales y, consecuentemente, limitaciones en los poderes de organización y de dirección, en la gestión del funcionamiento de las Universidades. Se hace patente este dato con sólo repasar las previsiones de negociación con el Comité de Empresa, que se exige:

[60] El convenio se aplica también a los Profesores Colaboradores, que aunque no se incluyen en el art. 48.1 LOU como categoría específica, continúan existiendo de conformidad con la disposición transitoria 2ª de la Ley 4/2007, de 12 de abril, sin perjuicio del acceso a la categoría de Profesor Contratado Doctor prevista en la disposición adicional 3ª

Para la creación, modificación y supresión de plazas de la RPT (art. 13.3); para el establecimiento de mecanismos necesarios que garanticen que la actividad profesional de los profesores asociados guarda relación directa con la actividad docente (art. 15.2); para la determinación del procedimiento par agilizar las contrataciones (art. 16.3); para la convocatoria anual de plazas de promoción (art. 19.,2); (aunque se habla de participación) para la regulación de los procedimientos de provisión de plazas (art. 21.2); para la regulación de provisión de plazas mediante traslado (art. 21.5); para el establecimiento de procedimientos para la dotación y provisión de plazas de profesorado de categorías extraordinarias (sustitutos interinos, Visitantes, Eméritos y contratados doctores en modalidad extraordinaria) (art. 22.1); para la acumulación de la actividad docente en un cuatrimestre (art. 26.6); y, para el establecimiento de planes de formación y perfeccionamiento profesional.

Más allá de una mera actividad de participación o de control, se establece la obligación de negociar en todas las materias indicadas, lo que implica la imposibilidad de adoptar las decisiones unilateralmente, recortando las potestades de las Universidades. Pero además, con independencia de la conveniencia o no de tales pactos, estos mecanismos de participación, salvo algún estatuto, no están previstos en las regulaciones estatutarias para el PDI funcionario, lo que produce una situación de desequilibrio en la posibilidades de participación. Hay que tener presente, por otra parte, que la obligación de negociar no significa que basta con negociar adoptándose la decisión que corresponda aunque no se llegue a acuerdo. La negociación hay que hacerla y puede acabar con acuerdo o sin él, y en este caso habrá que afrontar las vías de solución que procedan, lo que supone la dilación de las decisiones que puedan aplicarse cuando surge algún problema en la negociación.

4. Algunas de las cláusulas del convenio colectivo afectan a la potestades de autoorganización y funcionamiento que tienen atribuidas las Universidades. Son aspectos que, a nuestro juicio, afectan a las referidas potestades:

4.1. Se establece que la creación, modificación y supresión de la RPT, se realice conforme a lo establecido en los estatutos de las Universidades, previa negociación con el Comité de Empresa (art. 13.3). Esta previsión hay que contemplarla teniendo en cuenta:

A) Que el art. 37.2, a) EBEP excluye de la negociación las decisiones que afecten a las potestades de organización precisándose la negociación solamente cuando las consecuencias de aquellas decisiones tengan repercusiones sobre las condiciones de trabajo.

B) Que el sistema de provisión y carrera académica pactado obliga a la modificación de la RPT a instancia del profesor interesado. En efecto, para los profesores contratados en alguna de las categorías ordinarias de personal docente e investigador contratado laboral a tiempo completo, que cumplan los

requisitos legales para optar a una figurar superior, se establece que tendrán derecho, previa solicitud, a la dotación de una plaza de RPT que les posibilite promocionar a una figura superior; y para ello, las Universidades deberán dotar la plaza, como máximo, durante el último año de contrato, en el caso de las figuras temporales, o en el plazo de un año desde la solicitud, en el caso de las figuras indefinidas. Esta cláusula implica que las potestades de organización de las Universidades quedan concernidas por la necesidad de promocionar al profesor, sin que sea preciso que dicha promoción esté supeditada a necesidades docentes, investigadoras o de carácter presupuestario. Así pues, la modificación de la RPT no la motivan las necesidades de la organización, sino el interés profesional del profesor. El sistema de promoción que se ha articulado puede vulnerar prescripciones de los Estatutos, en cuanto que generalmente la gestación de la creación de las plazas de profesorado que se dotan en la RPT se residencia en el seno de los Departamentos, y son estos lo que proponen la dotación, perfil y convocatoria de las plazas de profesorado que necesitan.

4.2. Puede afectar a las potestades de organización y funcionamiento la exigencia de negociar con el Comité de Empresa, para la contratación de Profesores Asociados, los mecanismos necesarios para garantizar que la actividad profesional de los candidatos guarda relación directa con la actividad docente fijada en la convocatoria (art. 15.2). La determinación del contenido de las actividades cuya adecuación se pretende garantizar debe ser competencia de los Departamentos así como su valoración.

4.3. Por último, también son cuestiones pueden afectar a las potestades de organización, la exigencia de negociar con el Comité de Empresa la posibilidad de acumular la actividad docente durante un cuatrimestre (art. 26.6); y la obligación de garantizar los servicios mínimos durante la celebración de las asambleas (art. 54.4). La acumulación de la actividad docente en un cuatrimestre, plantea el problema que afecta a la distribución de la actividad docente que se realiza por los Consejos de Departamento, y además afecta por igual al profesorado funcionario, que no tiene reconocido el derecho a negociar este aspecto. Por otro lado, en la obligación de garantizar los servicios mínimos en la celebración de las asambleas no se determina de quién es la obligación, si de los convocantes o de la Universidad y, en todo caso, aunque se ponga el acento en la actividad docente, es una garantía que se revela inútil en la práctica.

5. La ilegalidad manifiesta del Título III, que regula la estructura salarial. Es de las cosas que más sorprenden. Ni se explica cómo las partes han entrado a regular en el convenio colectivo una materia tan importante y para la que las Universidades no tienen legitimación. No admite la menor duda que corresponde a las Comunidades Autónomas la regulación del régimen retributivo del personal docente e investigador contratado de las Universidades Públicas (art. 55.1 LOU), atribución de competencia que se reitera en el Estatuto de Auto-

nomía (art. 55.1, h)). En consonancia con estas previsiones el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía es el competente para regular el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado de las Universidades Públicas Andaluza. Esta es una situación de absoluta ilegalidad en la que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha hecho dejación del mandato legal que tiene encomendado entrando a regular las Universidades Públicas sin estar legitimadas para ello. Si la competencia para establecer el régimen retributivo es del Consejo de Gobierno son los representantes de éste y los de las organizaciones sindicales los que tienen legitimación para constituir la Comisión Negociadora. Llama poderosamente la atención que la autoridad laboral no haya apreciado que se conculca la legalidad vigente iniciando de oficio el procedimiento judicial a que se refiere el art. 90.5 ET; y es que, en la práctica, dada la distribución de las representaciones no parece que haya muchas posibilidades de que algún órgano de representación legal o sindical inicie dicho procedimiento para subsanar tal ilegalidad. Introducir la negociación de la estructura salarial supone establecer una estrategia negociadora que sería distinta si la regulación de esta materia se abordara en otra sede.

6. La inclusión del personal laboral de las Universidades en el ámbito de aplicación del EBEP, aunque puedan establecerse normas específicas para el personal docente e investigador, ha tenido repercusión en el I Convenio Colectivo en cuanto se produce una falta de ajuste a las normas legales de aplicación, que no ha sido tenido en cuenta. Los preceptos del EBEP aplicables al personal docente laboral son directamente aplicables a este colectivo de las Universidades Públicas de Andalucía y podrán afectar a lo pactado en el convenio en virtud de la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio. Constituye una novedad aplicable la necesidad de observar lo dispuesto en las normas sobre los deberes de los empleados públicos regulados en el Capítulo IV del Título IV (Código de Conducta, principios éticos y principios de conducta). Las cláusulas del convenio que sean contrarias a lo regulado por el EBEP hay que entenderlas modificadas por lo dispuesto en esta Ley. En este sentido, tienen un efecto relevante los preceptos el EBEP relativos a las materias objeto de negociación en las que se aplica el EBEP (art. 37), especialmente las que afectan a las potestades de organización.

7. Se puede detectar también una falta de ajuste a los Estatutos de las Universidades y la inexistencia de un control de legalidad. Lo mismo que sucede con el PAS la constitución de una Comisión Negociadora a nivel de Comunidad Autónoma que saque del ámbito interno de cada Universidad la negociación colectiva del personal laboral requiere, al menos, de un acto expreso de los Consejos de Gobierno en tal sentido. Las regulaciones estatutarias no contemplan la constitución de un órgano de negociación de ámbito superior, que requiere de una cesión de competencias. Los Estatutos en todos

los casos atribuyen al Consejo de Gobierno alguna competencia que incide en la determinación del régimen aplicable al personal laboral docente e investigador contratado laboral. La toma de decisión a los efectos indicados se hace más patente en cuanto que los acuerdos de la Comisión Negociadora quedan sometidos al juego de las mayorías, recogiéndose en este sentido que la adopción de acuerdos por la Comisión de Paritaria de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del convenio (CIVEA), será por mayoría absoluta de cada una de las partes integrantes de la Comisión. En la situación de pluralidad estatutaria existente debería realizarse, antes de proceder a la firma del convenio, un control de legalidad de lo convenido, que en el presente caso no se ha producido, para que se constate que lo pactado respeta lo establecido en las leyes y en los Estatutos de las Universidades.

Estas son las consecuencias de no ajustarse a los mandatos que marca la Ley. La LOU atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia para, en los términos de la misma establecer el régimen del personal docente e investigador contratado (art. 48.6), y su régimen retributivo (art. 55.1). Cumplidos estos cometidos para los que debe tener presencia la autonomía colectiva, los Estatutos regularán en aquellos espacios que tengan reservados. Lo demás es alterar el orden de aplicación de la jerarquía de las normas que puede resultar alterado.

8. Por último, se puede poner de manifiesto que en el I Convenio Colectivo del personal docente e investigador laboral, se produce una tendencia a la unificación de los regímenes de prestación de servicios con el PDI funcionario, e incluso se detectan situaciones de unificación con la regulación del PAS. Pero sobre todo es con el PDI funcionario con el que se observa esta clara tendencia a la unificación. Así, en relación con la jornada (art. 25.1), las licencias por estudio y septenales (art. 29), las excedencias (art2. 35 a 47), las retribuciones salariales básicas (art. 42.2), las pagas extraordinarias (art. 43), el complemento de antigüedad (art. 44), el complemento por cargo académico (art. 46) las indemnizaciones por razón del servicio (art. 47), la jubilación obligatoria (art. 49), y, en fin, el régimen disciplinario (art. 60). En todos estos casos se remite al régimen que rige para el PDI funcionario.

4.5. **La regulación de los derechos sindicales en los convenios colectivos**

De forma similar se realiza la regulación de los derechos sindicales en los convenios del PDI (Título IX) y del PAS laboral (Título VI). La regulación comprende prescripciones para el ejercicio de los derechos desde el punto de vista individual, el reconocimiento de los derechos a los Comités de Empresa y, por último, el reconocimiento de derechos a las organizaciones sindicales y sus afiliados. La regla general es una regulación que mejora de manera consi-

derable las regulaciones legales al respecto, habiéndose planteado problemas en relación con algún aspecto de la regulación que afecta a los liberados sindicales. Así, el art. 70.1 del IV Convenio Colectivo del PAS laboral fue declarado nulo por el Tribunal Supremo por considerar que suponía una desigualdad de trato que incidía en el derecho a la libertad sindical en el seno de las Universidades (STS, Social, 18-9-2007).

El tratamiento que hace en la atribución de los liberados sindicales plantea disfuncionalidades que afectan al funcionamiento de las Universidades que podrían ser resueltas. Se reconoce un número de liberados a las organizaciones sindicales en convenios colectivos del PDI y del PAS, de manera independiente, liberados que dichas organizaciones distribuyen como consideran oportuno entre las Universidades y entre sus afiliados empleados en las mismas. A nuestro juicio, sería más adecuado que el compromiso se plasmara como acuerdo de los del art. 36.3 EBEP al tratarse de una materia común, no en instrumentos de regulación específica de los colectivos laborales, en el que se contemplaran mecanismos de distribución equilibrada de los liberados.

6

Prevención de Riesgos laborales

POLÍTICA ANDALUZA SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

CARMEN SÁEZ LARA

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Salud Laboral**

El desarrollo de una política preventiva de riesgos laborales por parte de los poderes públicos constituye el cumplimiento de un mandato constitucional (art. 40.2 CE), que para los poderes públicos andaluces renueva el Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 10.1 EA). El Estatuto de Autonomía, más allá de determinar las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en esta materia (artículo 63), contiene una regulación específica sobre seguridad y salud laboral, donde se definen los ámbitos de actuación y las directrices que han de seguir las políticas públicas autonómicas, estableciendo que nuestra Comunidad Autónoma desarrollará una política propia en materia de prevención de riesgos laborales (artículos 171,173 y 174), previsiones que, en definitiva, amparan directamente la existencia de una Estrategia Andaluza sobre Seguridad y Salud Laboral.

Para la Estrategia Andaluza próxima deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones con vistas al desarrollo futuro de las previsiones contenidas en la Estrategia Española, que son las que se describen en este estudio. Sin perjuicio de que también deba prestarse una mayor atención a la vigilancia de la salud, tal como se confirma en las Estrategias Europea y Española como un aspecto prioritario.

ABSTRACT **Key Words: Occupational Health**

The development of a preventive occupational risk policy by public authorities constitutes compliance with a constitutional mandate (art. 40.2 Spanish Constitution), which is renewed for the Andalusian public authorities in art. 10.1 Statute of the Andalusian Autonomy. Beyond determining the competences assumed by the Autonomous Community, the Statute for Andalusian Autonomy on this topic (article 63) contains specific regulation on safety and health at work, defining the scope of activity and the guidelines to be followed by public regional policies, establishing that our Autonomous Community will develop its own policy with regard to occupational risk prevention (articles 171,173 and 174), which, in short, directly harbours the existence of an Andalusian Occupational Safety and Health Strategy.

For the next Andalusian Strategy, certain considerations must be taken into account in view of provisions contained in the Spanish Strategy, and which are described in this study. All of this without prejudice to paying more attention to health surveillance as a priority axis, as confirmed by the European and Spanish Strategy,

TEMAS LABORALES Vol. III. núm. 100/2009. Págs. 1.265-1.292.

ÍNDICE

1. La definición de las políticas públicas sobre seguridad y salud de los trabajadores
   1.1. Mandato estatutario a los poderes públicos andaluces y previsión legal
   1.2. La Estrategia Europea para promover la Salud y la Seguridad en el Trabajo (2007-20012)
   1.3. Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-20012)
2. La organización de las Administraciones Públicas Autonómicas para el desarrollo de la Política de Prevención de Riesgos Laborales
   2.1. Modelos de organización administrativa en las Comunidades Autónomas en materia preventiva
   2.2. El modelo organizativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía
3. Los planes Autonómicos sobre prevención de Riesgos Laborales
   3.1. Características comunes de las políticas autonómicas a la luz de sus planes de actuación
   3.2. El II Plan General para la Prevención de los Riesgos Laborales en Andalucía 2003-2008
   3.3. Conclusiones relativas al Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía y propuestas de futuro

En nuestro país las Administraciones Autonómicas han sido las protagonistas en materia de seguridad y salud en el trabajo, y las que han afrontado los principales *deficit* del sistema preventivo diseñado desde el marco normativo, las deficiencias aplicativas de una normativa extensa y compleja, aunque imprescindible para la instauración en las empresas de un sistema de prevención de riesgos laborales. En cumplimiento del mandato constitucional, siguiendo los principios de la política preventiva definidos legalmente y las directrices establecidas desde la Estrategia Europea durante los últimos años se ha producido un desarrollo de planes en materia de salud y seguridad laboral en todas las comunidades autónomas. De esta forma, se ha ido logrando un cierto "despegue", desde una situación caracterizada por el generalizado incumplimiento o cumplimiento meramente formal de la normativa y una inexistente cultura preventiva. Los planes autonómicos asumirían de forma integral la realización de acciones dirigidas hacia todos los sujetos protagonistas del sistema de prevención empresas, trabajadores, entidades formativas, auditoras, servicios de prevención, acciones de promoción y acciones de vigilancia y control y acciones educativas, informativas y formativas. Por ello, hoy las preocupaciones se centran en la necesaria reducción de la siniestralidad laboral y en la consecución de una efectiva integración organizativa de la prevención de riesgos laborales en la empresa que, con el paralelo aumento de eficacia en la actividad desarrollada por los servicios de prevención y entidades formativas, contribuyan a un real avance en la consecución de un sistema de seguridad y salud laboral de calidad.

En estos momentos, efectivamente los objetivos prioritarios más destacados se dirigen a facilitar el cumplimiento de la normativa preventiva en las pequeñas y medianas empresas y a mejorar la calidad y eficacia de los servicios de prevención. Pues bien, mejorar la prevención exige integración de la gestión preventiva pues "sin algún recurso preventivo propio, simplemente no hay prevención" y mayor calidad y eficiencia de los servicios de prevención. En este sentido, es preciso perfeccionar el sistema de acreditación de los servicios de prevención ajenos y concretamente alcanzar una mayor homogeneidad en cuanto a los criterios de acreditación y a las condiciones de actuación de los mismos en los diferentes territorios del Estado. El elemento territorial, estructural en nuestro modelo de Estado, no puede ser un factor que redunde negativamente en la calidad de la prevención, para ello es preciso un esfuerzo para alcanzar una mayor homogeneidad entre los diversos territorios y para ello la principal herramienta es un sistema de información adecuado. Igualmente es preciso alcanzar un equilibrio entre asesoramiento y promoción y vigilancia, control y sanción, atendiendo a que tanto en la Estrategia Europea como en la Española late un fundamento común "lo trascendente es elevar el nivel de cumplimiento de la normativa, conseguir la mejora de los sistemas de gestión de la prevención y de las concretas medidas de prevención y protección, y ello se consigue a través de la presencia de la Inspección en los lugares de trabajo y no, al menos en primera instancia, a través la sanción".

La definición estratégica de las políticas en salud laboral requiere partir del análisis del marco de referencia. El Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 renueva para los poderes públicos andaluces el mandato constitucional de promoción de la seguridad y salud en el trabajo, estableciendo además que nuestra Comunidad Autónoma tendrá una política propia en materia de prevención de riesgos laborales, sus ámbitos de actuación y directrices (artículos 171,173 y 174). Por su parte, la Estrategia Europea sobre Salud y Seguridad laboral (2007-2012) y en mayor medida la Estrategia Española sobre Seguridad y Salud laboral 2007-2012 constituyen documentos relevantes que deben inspirar la política de los poderes públicos, así como la actividad de los sujetos que intervienen en la organización y desarrollo de la prevención de riesgos laborales, y de los propios empresarios y trabajadores, para avanzar en la mejora de los indicadores de siniestralidad y de salud laboral. Finalmente, también debe recordarse que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales define tanto el contenido y objeto como los principios de la política preventiva. A continuación se describirán las políticas seguidas a través de los diversos planes autonómicos teniendo además presentes los modelos organizativos a través de los cuales se han elaborado y puesto en práctica. El análisis y la valoración de las actuaciones desarrolladas en la Comunidad Autónoma de Andalucía así como algunas propuestas de futuro serán finalmente también tratadas en el presente trabajo.

1. LA DEFINICIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES

1.1. Mandato estatutario a los poderes públicos andaluces y previsión legal

Tanto la Constitución Española (art. 40.2) como el Estatuto de Autonomía (art. 10.1) contienen un mandato a los poderes públicos de desarrollo de una política preventiva de riesgos laborales.

Centrando nuestra atención en el Estatuto de Autonomía, de partida, hemos de tener presente que, desde una perspectiva más general en el nuevo Estatuto de 2007 las cuestiones sociolaborales y dentro de estas la seguridad y salud de los trabajadores ha merecido una especial atención. El primer objetivo básico al que la Comunidad Autónoma dirigirá el ejercicio de sus poderes es, en efecto, la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia, entre otros aspectos, en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral (Artículo 10.3. 1º). Igualmente hemos de apelar a la definición de los principios rectores de las políticas públicas en el apartado 10º del artículo 37 y la fijación de una política propia en materia de prevención de riesgos laborales (artículos 171,173 y 174).

En definitiva, el Estatuto de Autonomía para Andalucía más allá de determinar las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en esta materia (artículo 63) contiene una regulación específica sobre las relaciones laborales y, en concreto, sobre seguridad y salud laboral, donde se definen los ámbitos de actuación y las directrices que han de seguir de las políticas públicas autonómicas. Por lo que respecta en primer lugar a las competencias autonómicas hemos de recordar que en este ámbito corresponde a la Comunidad Autónoma competencias ejecutivas de la legislación laboral relativa a la prevención de los riesgos laborales y la seguridad en el trabajo (artículo 63.1), si bien también resultan implicados otros títulos competenciales, especialmente el relativo a sanidad. Dispone el artículo 55 del Estatuto de Andalucía que es competencia de la Comunidad Autónoma la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral. Dentro de las funciones ejecutivas de la normativa sobre prevención de riesgos laborales se integran la promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento y sanción de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales (artículo 7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales) así como el conjunto de actuaciones preciso para la puesta en práctica de la normativa reguladora del conjunto del sistema de relaciones laborales[1].

[1] Cfr., (SSTC 35/1982; 39/1982; 48/1982; 7/1985 y 17/1986, STC 194/1994 de 28/6/1994, entre otras). en relación con el alcance de esta competencia de ejecución de la Comunidad Autó-

Sin embargo, como ya afirmamos el Estatuto más allá de atribuir las competencias en materia de seguridad y salud laboral contiene previsiones relativas a la posibilidad de desarrollar una política propia en materia de prevención de riesgos laborales (artículos 171,173 y 174). Concretamente, el citado artículo 171 establece que la Administración Pública contribuirá a garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores, para lo cual diseñará instrumentos precisos de control y reducción de la siniestralidad laboral, así como mecanismos de inspección y prevención de los riesgos laborales. La Comunidad Autónoma se dotará de instrumentos propios para la lucha contra la siniestralidad laboral. La seguridad y salud laboral, es pues uno de los ámbitos en el que, en todo caso, ha de desplegarse la política laboral propia. El artículo 173 afirma en efecto que la Comunidad Autónoma tendrá una política "propia" de relaciones laborales, y aunque el artículo 42.2.2º sólo prevé esta posibilidad en el ejercicio de las competencias compartidas y no en el desarrollo de las competencias ejecutivas, esta previsión tiene amparo en la doctrina constitucional[2].

La política autonómica en materia de empleo y relaciones laborales habrá de desarrollarse pues en el ámbito de las competencias de ejecución en materia de empleo y relaciones laborales asumidas en el artículo 63 del Estatuto, sin

---

noma. Además el alcance de las competencias ejecutivas de la legislación laboral debe también interpretarse de conformidad con el artículo 42 del Estatuto, que concreta las facultades de la función ejecutiva y en concreto el artículo 42. 3º en relación con las competencias ejecutivas dispone que comprenden la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado.

[2] Como se recordará la doctrina constitucional sobre la distribución de competencias en el ámbito laboral pronto admitiría la existencia de una política autonómica propia en materia laboral que el TC deducirá de la facultad de autoorganización y autogobierno. Las Comunidades Autónomas, según el TC, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política laboral propia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas. Dentro de ellas, está sin duda la necesaria para fijar la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, que no son sólo las que el Estatuto crea y que están constitucionalmente garantizadas, pues la Comunidad Autónoma puede crear otras en la medida en que lo juzgue necesario para su autogobierno. Así, es posible que en las materias en que a la Comunidad Autónoma sólo corresponde la ejecución, se puedan crear organismos o servicios no previstos por la legislación estatal pertinente, pero sin que les pueda encomendar el ejercicio de competencias que la propia Comunidad Autónoma no tiene (STC 35/1982, de 14 de junio). Las CCAA con competencias en materia laboral podían así crear órganos propios siempre que no asumiera funciones fuera del marco constitucional y estatutario, éstos fueron los consejos de relaciones laborales, como fue en Andalucía el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, cuyo presupuesto necesario era el reconocimiento de que la CCAA podía tener una política laboral propia.

perjuicio de que existan otros títulos competenciales con incidencia en este ámbito, como son los relativos a la actividad económica, servicios sociales, sanidad o educación. En este sentido, debe además indicarse que las directrices comunitarias en materia de empleo están cada vez más orientadas hacia las regiones, por la diversidad regional existente, de forma que puede hablarse de una territorialización de las relaciones laborales que aconseja políticas propias, adaptadas a las necesidades de los sistemas de empresas de cada región. Complementa la previsión estatutaria sobre el contenido de la política autonómica propia de relaciones laborales el artículo 174 donde identifica junto a la subvención la contratación pública como instrumentos o vías de implementación de la misma, así como del cuidado de los aspectos medioambientales por parte de las empresas. El artículo 174, responde a la idea de que la contratación administrativa, además de las subvenciones públicas, pueda configurarse como un instrumento de fomento de políticas de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, a estos efectos, conviene destacar los límites existentes a la introducción de exigencias o criterios objetivos de carácter social, específicamente, en el seno del procedimiento de contratación pública, siendo necesario advertir que puede ser contrario al Derecho de la Unión Europea introducir indicadores de índole social como criterios aplicables para la adjudicación del contrato, o para la selección de los contratistas. Por ello debe destacarse que la redacción del precepto a través de una fórmula genérica e inconcreta es especialmente acertada.

Por su parte, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales define tanto el contenido y objeto como los principios de la política preventiva, siendo la coordinación funcional y territorial y la participación los principios de la política preventiva Resulta fácil, en consecuencia, afirmar que tanto la elaboración de la política en materia de prevención de riesgos laborales como la actividad administrativa que se desarrolle en su ejecución han de estar sometidas a los principios de cooperación, eficacia y participación.

Si desde diversos informes han venido destacando que esta coincidencia de actuaciones en un mismo campo no se ha traducido hasta ahora en la adecuada cooperación y coordinación interdepartamental, debe destacarse que en los planes autonómicos hoy vigentes se inserta en muchas ocasiones una línea estratégica dirigida al desarrollo de la coordinación entre las diversas Administraciones implicadas adoptando un enfoque integral y multidisciplinario y aspirando a desarrollar la transversalidad de la política de prevención de riesgos laborales

1.2. **La Estrategia Europea para promover la Salud y la Seguridad en el Trabajo (2007-2012)**

Al igual que la Estrategia comunitaria 2002-2006 la estrategia para promover la salud y la seguridad en el trabajo en la Unión Europea de 2007 a

2012 parte en términos generales de una valoración positiva sobre los efectos que sobre la salud y la seguridad en el trabajo se han derivado de la adopción y la aplicación de la normativa sobre salud y seguridad laboral[3].

La nueva Estrategia Europea no contiene grandes novedades, sigue la senda de la anterior en cuanto a los retos y objetivos si bien en relación con las razones o justificaciones sobre la relevancia de la seguridad y salud de los trabajadores se refuerzan las de naturaleza económica. En sus conclusiones, reiterando resumidamente las ideas expresadas en su introducción, la Estrategia afirma que "*el papel de la salud y la seguridad en el trabajo es fundamental para incrementar la competitividad y la productividad de las empresas y contribuir a la viabilidad de los sistemas de protección social, ya que se traduce en una reducción del coste de los accidentes, de los incidentes y de las enfermedades, y en una mayor motivación de los trabajadores*".

En relación con los objetivos propuestos hemos de destacar, de una parte, su atención prioritaria en diversas áreas (aplicación de la legislación, asistencia técnica, promoción de la salud, vigilancia y control) a las PYME. De otra parte y en el marco de afrontar los nuevos riesgos, la promoción de la salud mental en el trabajo constituye también uno de sus aspectos novedosos. Pese al impacto positivo de la aplicación de la normativa comunitaria sobre las situaciones nacionales, la Estrategia parte de detectar lo que denomina "graves lagunas" en tal aplicación en los sectores considerados de riesgo y entre las categorías de trabajadores más vulnerables (jóvenes, trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores poco cualificados), en particular en las PYMES y en el sector público. En concreto, la atención a las PYMES, definida como prioritaria, es la que centra las directrices que se marcan a las estrategias nacionales para garantizar el cumplimiento de la normativa preventiva. Además merece ser destacado que estas directrices apuntan hacia la promoción, incluso económica, formación, información y asistencia a través de instrumentos fáciles y sólo aparece, como última medida, el control y sanción de los incumplimientos. En efecto, expresamente la Estrategia apela al "*recurso a los inspectores de trabajo como intermediarios para promover un mejor cumplimiento de la legislación en las PYME, en primer lugar a través de la educación, la persuasión y los incentivos, y, en caso necesario, también a través de medidas coercitivas*".

Por otra parte, la Estrategia constata las dificultades en la aplicación de la legislación sobre salud y seguridad en las situaciones de subcontratación.

[3] Concretamente, se afirma que durante el período cubierto por la estrategia comunitaria 2002-2006, se ha observado una disminución importante del número de accidentes de trabajo y que la nueva estrategia para 2007-2012 propone ser aún más ambiciosos y reducir en un 25 % la tasa global de accidentes de trabajo de aquí a 2012 en la UE-27.

Contiene un objetivo específico sobre el fomento y puesta en práctica de las estrategias nacionales, en el que se parte de hacer depender el éxito de la Estrategia Europea de que los Estados asuman estrategias coherentes con objetivos cuantitativos para reducir el número de accidentes y enfermedades profesionales. Dichas estrategias deberán orientarse hacia los sectores y las empresas con peores resultados, y centrarse en los riesgos más corrientes y en los trabajadores más vulnerables. Finalmente, la Estrategia señala cuatro ámbitos de actuación prioritarios, que deben ser tenidos en cuenta, la eficacia preventiva de la vigilancia de la salud, la rehabilitación y la reintegración de los trabajadores, afrontar los cambios sociales y demográficos y reformar la coherencia de las políticas implicadas (salud pública, desarrollo regional y cohesión social, contratos públicos y empleo y reestructuraciones).

1.3. **Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-20012)**

La Estrategia Española constituye un fruto relevante del diálogo social, de la cual puede adelantarse una valoración altamente positiva pues si inspira efectivamente la política de los poderes públicos, así como la actividad de los sujetos que intervienen en la organización y desarrollo de la prevención de riesgos laborales, y de los propios empresarios y trabajadores, permitirá avanzar en la mejora de los indicadores de siniestralidad y de salud laboral.

La Estrategia Española afirma la relevancia constitucional de la prevención de riesgos laborales, "anclando" su promoción a la tutela del derecho a la vida y a la integridad, lo que le lleva a su configuración como un objetivo político de primer orden. Basada en el dialogo social, la Estrategia española da cumplimiento a los principios de participación así como también apela continuamente al principio de colaboración entre la Administración del Estado y las Administraciones Autonómicas, colaboración que ha presidido su elaboración y será imprescindible para su ejecución. Por ello se afirma, consciente de la competencia autonómica en esta materia, que "la ejecución práctica de las medidas incluidas en esta estrategia habrá de respetar fielmente el marco vigente de distribución competencial". Tras una acción del Estado centrada en la adopción de un marco institucional y normativo es preciso ahora, se entiende, una Estrategia de acción. Su objetivo es claro, dotar de coherencia y racionalidad las actuaciones desarrolladas por todos los actores relevantes en la prevención de riesgos laborales, diseñar un marco común y compartido y articular la Estrategia Europea y la diversidad de iniciativas desarrolladas desde la Administración General y desde las Comunidades Autónomas

La Estrategia Española parte como es de rigor del diagnóstico sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en España. Se trata de un diag-

nóstico bastante acertado que, con gran austeridad de elogios en cuanto a los aspectos positivos, se centra en los negativos a través de una identificación bastante precisa de las debilidades de las actuaciones públicas. Es precisamente en las actuaciones públicas desarrolladas donde se concentran lo que la Estrategia califica de aspectos negativos de la situación de la prevención de riesgos laborales en España. Esta es, sin duda, una perspectiva o punto de vista de aproximación a la realidad de nuestro sistema de prevención de riesgos laborales que merece ser destacada, pues de partida y con independencia de que la actual situación sea imputable a todos los sujetos responsables ciertamente no lo es a todos en igual medida. En todo caso, a mi juicio, constituye un acierto el planteamiento que imputa a los poderes públicos la responsabilidad derivada de que la aplicación del marco jurídico no haya determinado automáticamente los logros deseados y mucho menos las expectativas, que pudo generar la aprobación de la Ley de prevención de riesgos laborales. Por ello identifica como causas de los "problemas aplicativos" de la Ley de prevención, entre otras, la falta de una visión global del conjunto de las políticas públicas, la debilidad y dispersión de las políticas activas desarrolladas por lo que no se ha generalizado una cultura preventiva, la inexistencia de un respaldo fuerte de las instituciones públicas competentes y la insuficiente coordinación de las actuaciones desarrolladas por sujetos públicos y privados.

En segundo lugar, también resulta llamativo que, según la Estrategia, las dificultades para el cumplimiento de la normativa, especialmente de las pequeñas y medianas empresas encuentran su origen en causas relacionadas exclusivamente con el propio proceso normativo y el contenido de las normas. El elevado número de normas, su complejidad y la rapidez de su aprobación, cuando no su propia generalidad han determinado, se afirma, la falta de integración de la prevención y el cumplimiento formal antes que real de las obligaciones preventivas. En tercer lugar, la Estrategia también entiende en su diagnóstico que ya ha pasado la fase de establecimiento de la organización preventiva en la empresa y es el momento de abrir el debate entre todos los sujetos implicados en torno a perfeccionar la eficacia y la calidad de los servicios de prevención. Finalmente, como asignaturas pendientes se encuentran la vigilancia de la salud y la aplicación de la normativa de prevención de riesgos a los empleados públicos.

En definitiva, el diagnóstico realizado no sólo identifica las debilidades sino que presta especial atención a sus causas e identifica todas aquellas directamente relacionadas con la esfera de actuación de los poderes públicos.

Centrándonos en los objetivos, la principal novedad es su clasificación atendiendo a sus destinatarios, los sujetos privados y las políticas públicas.

Por lo que respecta ya a la formulación de las medidas adecuadas para hacer frente a la siniestralidad laboral en primer lugar, es destacable el esfuerzo

por facilitar el cumplimiento de la normativa preventiva en las pequeñas y medianas empresas. Olvidando los planteamientos puramente sancionadores, aunque sin bajar la guardia en la persecución, administrativa y penal, de los incumplimientos, se prevé la adopción de medidas para la adaptación de las exigencias legales a las circunstancias específicas de las PYMES. Una de nuestras asignaturas pendientes en este terreno ha sido, en efecto, la de acomodar la ingente normativa aprobada en los últimos años, a la situación específica de las pequeñas y medianas empresas. No se trata, en ningún caso, de tolerar el incumplimiento de la normativa de prevención en estas empresas, o de rebajar específicamente para las mismas los niveles de exigencia, sino de facilitarles el cumplimiento de un acervo normativo complejo, difícil de conocer, de interpretar y de aplicar. La simplificación burocrática y la atenuación de la carga documental para las empresas de hasta cincuenta trabajadores constituyen, en ese sentido, una vía segura para un mejor cumplimiento en las mismas de la normativa preventiva, al igual que incentivar la asunción de las correspondientes obligaciones con medios propios en las PYMES, con recursos preventivos de la propia empresa. Se permite que el empresario pueda desarrollar personalmente la actividad de prevención en las empresas de hasta diez trabajadores y se exime de la obligación de auditoria externa a las empresas de hasta cincuenta trabajadores que organicen su sistema de prevención con recursos propios. La apuesta por la implicación en las tareas preventivas de empresarios y trabajadores, en particular en las PYMES carentes de representación laboral. Ello se hace, siguiendo el modelo del sector de la construcción, por medio de un organismo paritario sectorial o territorial. Se apuesta, así, por la colaboración, sin duda más fructífera para alcanzar los objetivos pretendidos, que la confrontación.

En segundo lugar, hemos de señalar, aquellas medidas que tratan de corregir la tendencia a la excesiva externalización de las actividades de prevención. Así la previsión de bonificaciones en las cotizaciones sociales para las empresas que decidan, sin estar obligadas a ello, tener servicios propios, y también para la contratación de trabajadores designados, con formación de nivel intermedio y dedicación efectiva a tareas preventivas, o que formen parte de los servicios propios. Éstos, además, podrán subcontratar determinados y concretos medios necesarios para la realización de las actividades preventivas, cuando la dispersión geográfica de los centros de trabajo o el elevado coste de tales medios así lo justifique, sin necesidad de recurrir en todo caso, para ello, a servicios de prevención ajenos.

E igualmente el establecimiento de criterios de calidad y eficacia para los servicios de prevención ajenos que sumado a lo anterior. La ausencia total de recursos preventivos propios en las empresas trata, así, de erradicarse, ya que sin algún recurso preventivo propio, simplemente no hay prevención. No hay

que olvidar que, en los primeros compases de la aplicación de la Ley de Prevención de riesgos Laborales, la tendencia apreciable era la de la asunción del cumplimiento de las obligaciones preventivas con medios propios. Solo posteriormente, cuando el mayor coste de esta opción (la suma del coste económico del establecimiento de servicios propios, más la auditoria de los mismos, más la vigilancia de la salud, es claramente superior a la que deriva de la contratación de servicios ajenos) se pone claramente de manifiesto, comienza una evolución hacia la creciente externalización del cumplimiento de las obligaciones preventivas. Contraviniendo, entre otras cosas, el espíritu de la Directiva Marco, que no contempla una opción libre de las empresas para decidir entre la cumplimentación de las obligaciones preventivas con medios propios o ajenos, sino que parte de la idea de que dicha cumplimentación ha de llevarse a cabo, preferentemente, con medios propios, pudiendo recurrirse a medios ajenos solo en caso de insuficiencia de aquellos o ante circunstancias o necesidades específicas.

En tercer lugar, la Estrategia también persigue potenciar el papel asesor de la Inspección de Trabajo, que podrá establecer programas de apoyo y asesoramiento a las empresas de hasta cincuenta trabajadores, para que puedan planificar actuaciones preventivas de mejora de la seguridad y salud. En tales programas se evitará la propuesta de sanciones para las empresas, siempre que se cumpla la planificación establecida y se consigan los objetivos de mejora programados (y en ausencia de accidentes de trabajo graves, muy graves o mortales y de enfermedades profesionales).

Finalmente, puede señalarse que se recuperar la idea, tan insistentemente reclamada como ayuna de toda concreción normativa, de adaptación de las cotizaciones sociales por riesgos profesionales a la siniestralidad de las empresas[4], aparece la previsión de un "Plan Renove" de equipos de trabajo obsoletos[5] y una mayor atención a la vigilancia de la salud y a la medicina del trabajo.

Más discutible resulta la prohibición impuesta a las empresas con obligación de disponer de servicio de prevención propio de formar parte de servicios de prevención mancomunados "sectoriales", aunque sí se permiten los constituidos para empresas del mismo grupo. Ello limitará el recurso a una figura, el

[4] El compromiso asumido es, sin embargo, débil, ya que simplemente se dice que el Gobierno deberá proceder "al estudio de la posibilidad de establecer" sistemas de reducción de dichas cotizaciones, cuando las empresas acrediten que su índice de siniestralidad está por debajo del promedio de su sector de actividad.

[5] En aquellos sectores en los que los datos de siniestralidad u otros datos objetivos pongan de manifiesto la conveniencia de modernizar la maquinaria. Esta renovación de equipos de trabajo, junto a la mayor atención a la investigación en seguridad y salud laboral, puede ser una vía muy importante de reducción de la siniestralidad.

servicio mancomunado, cuya potencialidad no ha sido hasta ahora suficientemente explotada.

En conclusión, si se avanza, efectivamente, en todos estos planteamientos, y si se está atento a la adaptación permanente del modelo de prevención a los cambios en el mercado de trabajo y en el tejido productivo, estaremos en el camino adecuado para mejorar nuestra salud laboral y reducir las estadísticas de siniestralidad a una dimensión más acorde con nuestro desarrollo económico, social y cultural. El futuro de la prevención de riesgos laborales en nuestro país, pasa pues por la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo para el periodo 2007-2012. En todo caso, el impulso de la Estrategia y de las propias estrategias autonómicas por parte de las políticas publicas de las que a continuación nos ocuparemos constituye un requisito ineludible para continuar en la senda de mejora de los indicadores de siniestralidad, de tal manera que podamos alcanzar el pretendido descenso de los índices de incidencia del 25 % en el año 2010.

Pues bien, atendiendo a las directrices estratégicas diseñadas es preciso abordar ya las políticas de seguridad y salud laboral desarrolladas por la Comunidad Autónoma de Andalucía. En primer lugar, se abordará la vertiente organizativa, centrándonos en la organización prevista en Andalucía para el establecimiento y ejecución de las políticas en materia de seguridad y salud laboral.

2. LA ORGANIZACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS AUTONÓMICAS PARA EL DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Junto a los organismos estatales en materia de seguridad y salud laboral, básicamente el INSHT y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuyo fortalecimiento y revitalización se propone la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral, se han desarrollado diversos órganos en las comunidades autónomas que, bajo modelos diversos, han elaborado y desarrollado las políticas de salud y seguridad en el trabajo. Sobre estos modelos y en concreto sobre los diversos centros directivos y entes que asumen esta competencia en Andalucía versarán las próximas páginas.

2.1. Modelos de organización administrativa en las Comunidades Autónomas en materia preventiva

La asunción de las competencias sobre seguridad y salud laboral ha determinado al mismo tiempo tanto el traspaso de recursos como la dotación ex novo de medios humanos y materiales. De esta forma son hoy las Administraciones

Autonómicas las que cuentan con mayores recursos para la promoción y garantía de la seguridad y salud laboral. Muchas de ellas se han ido dotando de organismos específicos gestores de la política de prevención de riesgos laborales en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, con funciones tanto consultivas como ejecutivas.

La mayoría de las CCAA han ido constituyendo, con diferentes denominaciones, Institutos de Seguridad y Salud Laboral[6], además de Consejos y Comisiones (que habitualmente son órganos de participación de sindicatos y organizaciones empresariales de carácter consultivo y asesor), y que a veces se integran en los Institutos, para posibilitar la participación institucional en la planificación y ejecución de las política autonómicas en seguridad y salud laboral. Estos Institutos en ocasiones asumen solo competencias científico-técnicas (Aragón, Baleares) y en otros casos concentran todas las competencias autonómicas en materia de seguridad y salud laboral (Asturias, Canaria, Madrid, Murcia, Navarra, La Rioja y Valencia). Otras Comunidades Autónomas vienen a integrar el desarrollo y ejecución de sus políticas de seguridad y salud laboral y prevención de riesgos laborales en órganos integrados en la Administración general (Dirección General de la Función Pública, por ejemplo) o en la Administración laboral (Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, por ejemplo).

En definitiva, las organizaciones básicas de las que se han dotado las Comunidades Autónomas para el desarrollo de las actuaciones de su competencia en materia de prevención de riesgos laborales se ajustan a modelos diversos.

En Cataluña la dirección, gestión, ejecución y control de la política pública en materia de prevención de riesgos laborales corresponde a órganos comunes de la propia Administración laboral, careciendo de un órgano de participación institucional específico para prevención de riesgos laborales, así como de un órgano científico-técnico.

En Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León y Extremadura la política de prevención de riesgos laborales corresponde a la estructura orgánica existente en la Comunidad (Dirección General o Subdirección General correspondiente dentro de la Consejería que tenga atribuida la competencia) y únicamente se prevé la creación de un órgano de participación, consultivo y asesor (sin facultades de ejecución o gestión).

En Aragón, Baleares y Galicia, la competencia de ejecución en materia de salud y seguridad laboral corresponde a la Administración Laboral además

[6] En Aragón, Asturias, Islas Baleares, Canarias, Madrid, Murcia, Navarra, La Rioja, Valencia, País Vasco y Andalucía, todos ellos dependientes de la Administración Laboral, salvo Navarra, donde depende de la Administración Sanitaria.

existe un órgano consultivo donde participan los agentes sociales y un órgano científico técnico, un Instituto.

En Asturias, Canarias, Madrid, Navarra, La Rioja, Valencia y País Vasco existe un Instituto como organismo especializado con competencias generales, en el que se integra el órgano de participación. Se persigue así una gestión y ejecución de la política de prevención a través de un solo organismo administrativo, con o sin personalidad jurídica, que bajo la denominación de Instituto asume la generalidad de las competencias y para su ejecución cuenta con un órgano de participación dentro de su estructura.

En conclusión podemos diferenciar dos modelos organizativos según la gestión siga correspondiendo a la estructura ordinaria de la Administración laboral o se cree un órgano especializado –Instituto– que la asuma, de tal forma que ambos modelos se plantean como alternativas incompatibles de organización administrativa. Además podemos señalar que el modelo de órgano especializado –Instituto– se va extendiendo.

2.2. **El modelo organizativo de la Comunidad Autónoma de Andalucía**

Actualmente coexisten en Andalucía una pluralidad de centros directivos y entidades con competencias en materia de seguridad y salud laboral.

Hasta 2004 en Andalucía la gestión de la política pública de prevención de riesgos laborales correspondía a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, existiendo además un órgano de participación institucional, el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales[7]. A partir del V Acuerdo de Concertación Social y del Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía(Decreto 313/2003, de 11 de noviembre)[8], se prevé la creación de un Instituto Andaluz para Prevención de Riesgos Laborales, como

[7] También hemos de hacer referencia a la Comisión Interdepartamental de Seguridad y Salud Laboral (Decreto 429/1996, de 3 de septiembre), que tiene como fundamento las necesidades de coordinación planteadas por la variedad y multiplicidad de actuaciones administrativas por varias Consejerías y Organismos Autónomos de la Junta de Andalucía respondiendo sus funciones a este objetivo general de coordinar las actuaciones.

[8] El V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía (de 23 de mayo de 2001) prevé, entre otras actuaciones, la creación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, gestionado por la Junta de Andalucía, que deberá contar con un órgano de dirección tripartito adoptando sus decisiones por mayoría cualificada así como impulsar la puesta en marcha de una Fundación tripartita de Prevención de Riesgos Laborales. Esta actuación se contempla, asimismo, en el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, firmado el 25 de enero de 2005, por la Junta de Andalucía, las organizaciones sindicales, Unión General de Trabajadores de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, y la Confederación de Empresarios de Andalucía, dentro de las medidas que se establecen en materia de seguridad y salud laboral.

órgano de participación institucional, pero que se mantiene independiente del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales. Además, el Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía contempló diferentes acciones al respecto[9] y al mismo tiempo se crea una Administración especializada, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral[10].

En definitiva podemos señalar que en Andalucía se ha llegado a un modelo diverso a los hasta ahora existentes y de mayor complejidad organizativa, en el que la Administración ordinaria o tradicional (la autoridad laboral clásica) deja paso a una Administración especializada, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral y en que será necesario conjugar la existencia de la aludida Dirección General, con tres organismos, un Instituto, un Consejo y finalmente una Fundación.

En otros territorios la creación de Institutos Autonómicos ha ido acompañada de la cesión del ejercicio de competencias por parte de la Administración a un organismo autónomo, lo que no ha acontecido en Andalucía. En todo caso entre nosotros es preciso un cierto deslinde de competencias que defina con claridad las funciones del Instituto. En este sentido, aparecen como áreas en las que pueda desarrollar acciones las relacionadas con la aplicación de programas derivados de la negociación colectiva, observatorios y foros universitarios e independientes, la participación de personas, entidades, colectivos, etc. relacionados con la prevención, distintos de los interlocutores sociales que despliegan su función en el Consejo.

El IAPRL, de conformidad con su Ley de creación (Ley 10/2006, de 26 de diciembre) habrá de desarrollar sus funciones en las áreas relativas al fomento de actitudes y prácticas positivas de empresarios y trabajadores frente al riesgo laboral, el fomento de una cultura preventiva y de promoción de la salud y la seguridad en el trabajo en la sociedad (sensibilización del conjunto de la sociedad), impulso de la formación en prevención de riesgos laborales, promo-

[9] La aprobación de la Ley del Instituto Andaluz para la Prevención de Riesgos Laborales y su reglamentación de desarrollo, de la Ley del Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, de la Ley de la Fundación Andaluza para la Prevención de Riesgos Laborales, de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 429/1996, de 3 de septiembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de la Seguridad y Salud Laboral, y de un nuevo Decreto que sustituya al Decreto 244/2000, de 31 de mayo (Estructura orgánica de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico) mediante el cual la actual Dirección General de Trabajo y Seguridad Social pase a denominarse Dirección General de Trabajo y de Prevención de Riesgos Laborales.

[10] Mediante Decreto 203/2004, de 11 de mayo, sobre la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, se creó la nueva Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, dando a esta última las competencias relativas a la Prevención de Riesgos Laborales, seguridad y salud laboral, así como la coordinación de los distintos Centros de Prevención de Riesgos Laborales dependientes de la Consejería.

ción de la investigación sobre salud laboral y prevención de riesgos laborales y mejora y optimización de los sistemas de información, análisis e investigación.

Sobre este último aspecto hemos de realizar algunas consideraciones. El punto de partida es la existencia en el área de la información de una grave insuficiencia en la sociedad de las TIC: la carencia de un sistema de información y registro de riesgos laborales y de daños para la salud de los trabajadores. De una parte, no existe un sistema de información y registro de riesgos laborales. La información derivada de las evaluaciones de riesgos de las empresas no es conocida por las Administraciones. De otra parte, los sistemas de registro de daños a la salud de los trabajadores al no estar conectados resultan poco eficaces. Así acontece en relación con el registro Delta y el registro de enfermedades profesionales (SISPA_EPR), los registros de tumores, de enfermedades de declaración obligatoria, de alta hospitalaria y el sistema de atención primaria (OMI_AP) no contienen información laboral. La inexistencia de un sistema de información coordinado es también una limitación para el desarrollo de la investigación en salud, seguridad y medio ambiente laboral y un serio obstáculo para alcanzar el objetivo de la Estrategia Española de Seguridad y Salud Laboral dirigido a una atención reforzada a la Vigilancia de la Salud Para ello se están estableciendo en determinadas regiones acciones dirigidas a la consolidación de los Observatorios Autonómicos en materia de Seguridad y Salud Laboral.

Las medidas que habría de desarrollar el IAPRL serían generación de un sistema integral de información a través de una base de datos global y conectar los datos disponibles desde el Sistema sanitario de Salud. También son procedentes en este mismo objetivo algunas otras medidas como fondos documentales y bibliográficos accesibles, gestión de Laboratorios-Observatorios, líneas de colaboración para la elaboración de estudios de diagnóstico en relación con actividades, sectores o riesgos, etc. La creación del IAPRL ha de condicionar la organización y funcionamiento de los distintos Laboratorios-Observatorios, pues entran de lleno en el terreno de sus posibles competencias. En este sentido, la experiencia en la aplicación del II Plan General para la prevención de riesgos laborales en Andalucía aconseja definir las competencias de los Laboratorios-Observatorios en vez de listar una serie de "estudios" a realizar.

3. LOS PLANES AUTONOMICOS SOBRE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Como ya se ha destacado, las Administraciones Autonómicas son actualmente en nuestro país las responsables principales del desarrollo de la política de seguridad y salud laboral en sus respectivos territorios. Las Comunidades Autónomas desarrollan, dentro de su ámbito de competencias, entre otras,

funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, así como de vigilancia y control del cumplimiento y sanción de los incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales (STC 195/1996, de 28 de noviembre). Desde estructuras organizativas propias y mediante Planes Regionales, las Administraciones Autonómicas están avanzando, desde los iniciales planes de choque en empresas de alta siniestralidad (en los años 1998,1999 y 2000) hacia planes y programas integrales de promoción de la seguridad y salud en el trabajo.

Tras el llamado "Programa Aragón" de 1998[11], y el Plan Nacional de Acción sobre la Siniestralidad Laboral de 1998[12], se producirá el despegue de los Planes Autonómicos a partir de 1998, 1999 y 2000, siguiendo, gran número de ellos, la pautas del Plan Nacional. Puede afirmarse que las políticas autonómicas están avanzando desde los planes de choque, los planes contra la siniestralidad, hacia programas y planes de promoción de la salud y seguridad en el trabajo, que combinan distintas medidas (informativas, formativas, de atención específica a PYMES, subvenciones) para hacer frente a las principales carencias de nuestro sistema de prevención de riesgos laborales. En definitiva, a partir de 1998 las Administraciones Autonómicas iniciaron la andadura que en adelante se materializaría en instrumentar sus políticas, coexistiendo fórmulas que iban desde la elaboración de Planes generales hasta la concepción de planes específicos (en materia de formación, etc.) pasando por planes de choque contra la siniestralidad, abarcando así diferentes ópticas de abordar el problema, en la mayoría de los casos teniendo como génesis y denominador común la concertación social que en cada Comunidad Autónoma se ha ido llevando a efecto. Los Planes hoy vigentes en gran parte datan de 2006 y 2007 y tienen una duración prevista en torno a los 3 años tal y como habían establecido sus precedentes.

A nivel Estatal el Plan de Acciones Prioritarias contra la siniestralidad laboral (2006) adoptó una serie de medidas prioritarias con carácter urgente (campaña de sensibilización, programas específicos de control y vigilancia del cumplimiento de la normativa, estudio del INSHT y la Dirección General de Tráfico sobre accidentes laborales causados por el tráfico, estudio de la INSHT y las CCAA sobre siniestralidad laboral mortal y acciones específicas para

[11] Centrado sobre actuaciones dirigidas a un conjunto de empresas que presentaban mayores tasas de siniestralidad, y que tendría continuidad en el llamado "Programa 2000", el "Programa objetivo cero accidentes de trabajo", el "Programa sobreesfuerzos" y el "Programa buenas prácticas compartidas".

[12] Promovido por el MTAS (las Administraciones Autonómicas, agentes sociales y la CNSST) donde se incluye igualmente un plan de choque dirigido a las empresas de mayor siniestralidad.

trabajadores inmigrantes) En 2007 se adoptó la primera Estrategia Española sobre seguridad y Salud laboral y por tanto con posterioridad a muchos de los planes autonómicos vigentes[13].

Son importantes a estos efectos los destacados esfuerzos contenidos en los distintos planes que vienen a implementar un aumento de los medios destinados a acciones instrumentales como la sensibilización, la divulgación, la información y formación preventivas, el asesoramiento y asistencia técnica y la especial atención para lograr una verdadera dimensión social de la cultura preventiva.

3.1. **Características comunes de las políticas autonómicas a la luz de sus planes de actuación**

Gran número de comunidades autónomas, como acaba de exponerse, han optado por la vía de instrumentar **"**estrategias" o "planes integrales" que, atendiendo a su concreta situación socio laboral definen los objetivos básicos y diseñan un conjunto de acciones dirigidas a alcanzarlos, al mismo tiempo que dictan normas de promoción de la salud y seguridad en el trabajo, principalmente normas sobre ayudas e incentivos a las empresas o para la promoción de estudios e investigaciones especializadas.

La lectura del contenido de los planes autonómicos en la mayoría de las Comunidades Autónomas, permite comprobar que como ya venía ocurriendo en años anteriores, prevalece el modelo de Plan General integral, alternándose y solapándose según los casos con planes específicos (planes de choque, planes de formación preventiva, planes para sectores concretos de actividad –construcción, hostelería, pesquero etc.–). Con carácter general, y como ya ocurriera con los anteriores, estos planes son el resultado de la concertación social con los agentes económicos-sociales más representativos en las Comunidades Autónomas. De forma casi unánime las estrategias o planes generales siguen partiendo de un análisis y exposición de la siniestralidad de la Comunidad Autónoma (resultados de la encuestas regionales de condiciones de trabajo) así como de una valoración positiva de las anteriores políticas y actuaciones desarrolladas por la misma y, aunque previendo en la mayoría de los casos una ejecución anual, son planes plurianuales destinados a consolidar las actuaciones desarrolladas en años anteriores.

[13] Algunos como es el caso del III Plan director de la Comunidad de Madrid 2008/2011 si siguen muy de cerca la Estrategia española y el escaso número de actuaciones que tienen algún contenido concreto reiteran actuaciones establecidas por la citada Estrategia.

En relación con el contenido, la ordenación de los objetivos y acciones sigue siendo en torno a áreas funcionales[14], cultura preventiva, formación, vigilancia y control, integración de la prevención. Cabe destacar las similitudes halladas en cuanto a la estructuración de los planes analizados, siendo las áreas prioritarias de actuación básicamente las mismas. En algunos planes (País Vasco, Asturias) se reducen los objetivos estratégicos a formación, inspección y control, concienciación y sensibilización, integración de la prevención, compromiso institucional, vigilancia de la salud y prevención de enfermedades profesionales y sistemas de información.

Al mismo tiempo, se aprecia una mayor concreción en el diseño de los objetivos específicos en torno la fijación de criterios de evaluación y mejora de la calidad del sistema de prevención de riesgos, el diseño de un sistema de información, la implicación del sistema sanitario en la gestión de las enfermedades relacionadas con el trabajo o programas de prevención de riesgos generados por las modernas condiciones de trabajo. No son muchos, sin embargo, los planes que establecen como una línea estrategia específica la prevención de riesgos emergentes o la atención a determinados colectivos (si en el plan de Navarra, 2007-2012).

Concretamente, por ejemplo, las acciones de reforzamiento de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa preventiva se han dirigido a postular el incremento de los recursos y su mayor especialización. Uno de los problemas derivado de la escasez de recursos, se afirma, es la percepción de falta de seguimiento de la resolución de los problemas, una vez que estos han sido detectados. Más concretamente algunos planes prevén su convergencia en relación con el índice de Inspectores por trabajador (País Vasco), pues debe tenerse presente que aquellos países con índices de siniestralidad más bajo son los que mantienen un alto índice de inspectores por trabajador (Reino Unido, Italia, Finlandia o Dinamarca con ratios de 1/5.000 y 1/7.000 inspectores por trabajador). Las actuaciones previstas se dirigen a establecer índices o ratios adecuadas de inspectores especializados/trabajador por sectores de actividad definidos como prioritarios, hacia la vigilancia y control sobre servicios de prevención ajenos y auditorías, al control y seguimiento continuado de obras y de cadenas de subcontratas (sector de la construcción), o al control periódico sobre elementos de riesgo en la PYME y sobre apertura y puesta en marcha. También aluden algunas acciones a consolidar la puesta en marcha y aplicación del RD 597/2007, de 4 de mayo sobre publicación de las sanciones administrativas muy graves en prevención de riesgos laborales.

[14] A diferencia de la Estrategia Española de Seguridad y Salud Labora que estructura las diferentes acciones en torno a los sujetos destinatarios de las mismas.

Finalmente, puede identificarse algunas novedades en vigentes planes autonómicos:

* La importancia que asume el ámbito de actuación relativo a la vigilancia de la salud y las enfermedades profesionales.

* La relevancia dada a la creación de un sistema de información integral sobre riesgos y daños, al hilo que se desarrolla la idea de la creación o consolidación de un Observatorio a nivel de Comunidad Autónoma.

* El avance en la integración de la transversalidad de la seguridad y salud de los trabajadores y el esfuerzo para la penetración en el conjunto de las políticas y actuaciones públicas. En este sentido se aprecia en los planes autonómicos, más allá de la inserción en el terreno de la publicidad institucional, la educación, la formación profesional y la universitaria, la necesaria conexión de la perspectiva preventiva de riesgos laborales con los sistemas de información en el ámbito de la salud o los programas públicos de fomento de creación de empresas.

* La mayor concreción de las acciones en relación con ciertos sectores, ciertas empresas y ciertos colectivos de trabajadores más vulnerables

En definitiva, el análisis de los diversos Planes y Programas de las Comunidades Autónomas sobre seguridad y salud laboral nos permite concluir que dentro de la diversidad de las medidas son identificables objetivos estratégicos compartidos y lo que es quizás más relevante líneas de avance o desarrollo semejantes. Se adoptan así de forma progresiva en las Comunidades Autónomas experiencias iniciadas ya en otras Comunidades.

En términos generales y como expresión de una línea de tendencia común pueden afirmarse que van ganando progresivamente importancia en la configuración de la medidas de actuación las aproximaciones específicas y adaptadas a los diversos problemas o carencias del modelo preventivo, en conexión con las necesidades de empresas y trabajadores en los distintos sectores productivos y atendiendo a sus características personales (Planes sobre formación preventiva, formación adaptada y actualizada, formación para empresarios, encuestas regionales, incentivos para concretas inversiones en medidas preventivas o para determinadas empresas, incentivos a la contratación indefinida de técnicos en prevención, campañas específicas de vigilancia y control).

Más concretamente se aprecia una extensión de ciertas medidas o actuaciones como serían:

- Los estudios regionales de condiciones de trabajo y sus consecuencias sobre el mapa autonómicos de riesgos profesionales.
- Programas de formación para empresarios, y en términos generales una programación de la formación preventiva que combine el principio de la adaptación con el de la actualización de la formación.

- Programa de colaboración entre la ITSS y las unidades de seguridad y salud laboral autonómicas.
- Fomento de la integración de la prevención a través de incentivos a la contratación indefinida a tiempo completo o parcial de técnicos superiores para desempeñar funciones preventivas
- Reforzamiento de la función de asesoramiento de forma previa al Establecimiento de programas de control y seguimiento de las actuaciones de los servicios de prevención ajenos a efectos de comunicar las desviaciones a la Administración, que podrá extinguir la acreditación otorgada, una vez comprobado el incumplimiento de los requisitos que determinaron aquella (art. 27.3 Reglamento sobre Servicios de Prevención).
- Extensión de los sistemas de control a los servicios de prevención propios y mancomunados.
- Sistemas de evaluación de las actividades preventivas llevadas a cabo por los servicios de prevención (ajenos, propios y mancomunados) y las realizadas posteriormente por las empresas, en relación a que las evaluaciones de riesgos contemplen la totalidad de los mismos, incluidos aquellos con efectos sobre la reproducción, los colectivos específicos, los riesgos psicosociales y ergonómicos, la planificación de la prevención, la actualización de la evaluación, así como a que la vigilancia de la salud se lleve a cabo preferentemente, de acuerdo con los protocolos médicos del Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Potenciación del papel de la Administración Pública como agente "tractor" o impulsor de la aplicación de la normativa y desarrollo de las prácticas preventivas. No sólo a través de la organización por parte de la Administración de su propio sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales sino integrando la perspectiva preventiva en todas y cada una de las políticas y acciones que directa o indirectamente tengan incidencia sobre este ámbito, desde el seguimiento de las condiciones de trabajo en las obras públicas adjudicadas por los diferentes departamentos hasta la política de contrataciones pública, de ayudas y subvenciones, o de licencias de obras en la Comunidad Autónoma.

3.2. El II Plan General para la Prevención de los Riesgos Laborales en Andalucía 2003-2008

Concluido el periodo de vigencia del II Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía 2003-2008 es el momento de realizar valoraciones y sobre todo de identificar puntos débiles, insuficiencias y defectos para

afrontar el futuro Plan o Estrategia, no sin antes afirmar el satisfactorio nivel de cumplimiento de las acciones previstas.

En el marco del V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía se aprobó el II Plan General, avanzándose desde un poco conocido I Plan de Choque del año 2000 hacía un plan integral, donde las acciones de choque constituyen una medida más de un programa ambicioso que combina medidas de sensibilización social, de educación en seguridad y salud laboral, formación, y promoción positiva para las micro y PYME, plan de actuaciones específicas sobre la mujer y otros colectivos, y fomento de la investigación sobre seguridad y salud laboral. Se concibe como un instrumento de planificación general para Andalucía, dirigido a garantizar una correcta aplicación y extensión de las medidas a adoptar en nuestra Comunidad en materia de Prevención de Riesgos Laborales, tanto en el sector público como en el privado, pretendiendo la coordinación de todos los organismos e instituciones y la implantación a escala general de una cultura preventiva en la sociedad andaluza. Este II Plan se fundamentaba en el objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo y contemplaba 130 acciones que se van enmarcando en objetivos operacionales los cuales, a su vez, se estructuran en objetivos estratégicos.

Centrando nuestro interés en algunas de sus insuficiencias, y en lo que afecta al análisis de la situación sociolaboral, en primer lugar, se echa en falta un estudio más profundo del marco productivo y por tanto, de las circunstancias y características principales de la estructura empresarial andaluza con incidencia en la siniestralidad laboral. En segundo lugar, falta un planteamiento riguroso sobre las causas de la siniestralidad laboral en Andalucía, más allá de la referencia a causas (a las que se alude a nivel comunitario) como son las nuevas formas de organización del trabajo, las nuevas tecnologías de la información y comunicación, las nuevas cualificaciones con los nuevos riesgos emergentes que conllevan. Finalmente, también en relación con el diagnóstico, el Plan afirma que determinadas circunstancias están provocando dificultades en la asimilación de las nuevas situaciones preventivas, obligando a un cambio de hábitos, pero las carencias consustanciales a la falta de una mínima cultura preventiva en algunos ámbitos parece no estar presente en el punto de partida de este análisis.

En el terreno del estudio e investigación en materia preventiva resultaba prioritario el establecimiento de una Estadística de Condiciones de Trabajo en Andalucía que garantizando la aleatoriedad en la selección de los trabajadores permita disponer de información necesaria para alcanzar un diagnóstico de salud laboral, y abordar el necesario estudio de prioridades a los efectos de reorientar las acciones de información, formación, divulgación y análisis que en materia de prevención sean desarrolladas por la Administración Autónoma. En

este sentido puede afirmarse que ya se ha realizado la I Encuesta sobre condiciones de trabajo en Andalucía, cuyos resultados habrán de ser tenidos en cuenta en la futura estrategia andaluza.

Por lo que respecta al contenido del plan, en relación con la vertiente presupuestaria debe señalarse que determinadas acciones carecían de estimación presupuestaria por lo que era razonable pensar que se produciría un incremento de presupuesto, por ausencia o insuficiencia del mismo, como ha acontecido en la práctica. Se puede apreciar que una gran parte de la dotación presupuestaria se ha destinado a las acciones de divulgación y sensibilización, colaboración interadministrativa e institucional, y fomento (que suman 49.856.000 euros, suponiendo cerca de un 76 por 100 del total presupuestado en el Plan). Además funciones que se han denominado prioritarias como educación y formación suponían sólo un 7 por 100 del total presupuestado, por lo que en el futuro resulta necesaria una mayor adecuación "presupuestaria" de los planes o estrategias al contenido de los mismos.

En cuanto al ámbito temporal, se aprecia que un gran número de acciones tenían ámbitos temporales que no respondían a la clasificación tripartita que el Plan concibía: a) acciones de choque –de aplicación inmediata e intensa-, b) acciones fase I –a desarrollar en el período 2003 y 2004– y c) acciones fase II –a desarrollar en el período 2005 a 2008-. En lo referente al ámbito geográfico, aunque se prevean cinco ámbitos de actuación (local, comarcal, provincial, interprovincial y regional) se debe hacer constar que la mayoría de las acciones que el Plan contiene no tenían definido ni determinado su ámbito geográfico, por lo que habría que entender que afectaban a todo el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza. Se echaba en falta, por tanto, acciones adaptadas a las características económicas y sociolaborales de ciertos ámbitos provinciales, comarcales o locales.

Finalmente, también eran apreciables ciertos defectos de sistematicidad del Plan y así la existencia de ciertas acciones que, por afectar a objetivos estratégicos distintos, se citaban o trataban con duplicidad. Sirvan de ejemplo acciones relativas a la educación o formación que tienen diferente consideración en distintos objetivos estratégicos u operacionales como implantar en las enseñanzas primaria, secundaria y bachiller el germen de una cultura preventiva, y en el estratégico de impulsar el tratamiento de las materias preventivas en los diferentes niveles educativos.

3.3. **Conclusiones relativas al Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía 2003-2008 y propuestas de futuro**

Atendiendo a la valoración de los resultados obtenidos por el Plan General puede concluirse la consecución en alto grado de las acciones que lo integran

así como su influencia en la redacción de planes posteriores en otras Comunidades Autónomas.

La elaboración del futuro plan estratégico habrá de abordar la cuestión de su estructura. Como se destacó, una novedad de la Estrategia Española era su estructura, formulada no por objetivos sino atendiendo a los distintos sujetos destinatarios de las acciones propuestas (poderes públicos, empresarios, trabajadores, servicios de prevención, entidades formativas y entidades auditoras) si bien los planes, también los posteriores a la Estrategia, adoptan una estructura clásica de objetivos y acciones. La adecuación de una u otra estructura no es ajena a la formulación de una estrategia o de un plan de acción. En todo caso el futuro Plan de acción ha de seguir una estructura adecuada por objetivos y acciones, siendo procedente la supresión de algún objetivo estratégico, como el de propuesta legislativa, pudiendo pasar sus acciones sobre normativa a encuadrarse dentro de cada objetivo estratégico, (por ej. en materia de formación, o de vigilancia y control). Debe tenerse en cuenta que en el II Plan algunas acciones expresan un objetivo específico o material y otras acciones el medio instrumental para llevarlo a cabo. Entre las segundas figuraban los convenios, acuerdos, subvenciones o ayudas que, finalmente, engloban a las acciones con contenido material. Futuros planes, sobre la base del analizado, han de evitarse duplicidades.

También es necesario destacar la conveniencia de establecer indicadores de eficacia, que sean distintos en función del objetivo estratégico a conseguir. En particular todos los programas específicos, sean referidos a mayor siniestralidad, o a riesgos, accidentabilidad o sectores concretos han de contar con una metodología y medición de resultados que permita su estudio y seguimiento.

Centrándonos en el contenido del Plan puede afirmarse para el futuro lo siguiente:

a) En la política de incentivos y fomento, las líneas de ayudas a las PYMES han de incluir los procedimientos de certificación existentes en materia de gestión de la prevención. La actuación administrativa debe avanzar:

Primero, en la línea de financiar las inversiones empresariales (de las micro y PYMES) en concretas medidas preventivas, en sectores con mayor siniestralidad, y al que sólo puedan acceder empresas que acrediten el cumplimiento de sus obligaciones preventivas, o en su caso ayudas económicas para proyectos innovadores de calidad en seguridad y salud laboral.

Segundo, en la vía de los incentivos a la contratación a tiempo completo o parcial de técnicos en prevención para que como trabajadores designados desempeñen actividades preventivas en las empresas de forma continuada.

Tercero, en el sentido de promover los servicios de prevención mancomunados para la gestión de la prevención de las empresas pequeñas y medianas, en relación con empresas de concretas áreas territoriales, en sectores de actividad con especiales situaciones de concentración de diversas empresas.

b) Atendiendo al papel de la negociación colectiva, sería posible el tratamiento de acciones que fomenten la regulación a través de las normas convencionales de aspectos relacionados, por ejemplo, con la gestión de la prevención, mediante la determinación de medios humanos y materiales para llevar a cabo la misma.

c) En la programación de acciones específicas por sectores, riesgos, colectivos destinatarios, etc. se ha de distinguir entre la fase de diagnóstico de la situación y la de medidas a implementar como consecuencia de dicha evaluación.

Desde el punto de vista técnico, podría resultar conveniente el estudio de acciones relacionadas con la siniestralidad derivada de accidentes de tráfico, entendiendo estos en sus vertientes de accidentes in itinere o dentro del horario de trabajo.

d) En formación preventiva, las acciones futuras deben estar orientadas a promover una formación adecuada, con una diversidad de destinatarios, empresarios, trabajadores designados, delegados de prevención y consiguientemente de contenidos, a una atención específica a colectivos de trabajadores y sectores con mayor índice de incidencia y a una programación de la formación preventiva que combine este principio de la adaptación con el de la actualización. Es conveniente establecer de forma específica un Plan de Formación en Prevención de Riesgos Laborales. La planificación de la formación preventiva debe diseñarse en el marco de un Plan que prevea la posibilidad de revisión con carácter periódico, su adaptabilidad a los cambios técnicos, organizativos, y productivos, así como la diversidad de destinatarios del mismo (estableciéndose una estructura modular organizada en ámbitos y programas). Los programas deben dirigirse a colectivos de trabajadores en situación de precariedad, subcontratación, temporalidad, e inmigrantes. Es conveniente priorizar los programas que garanticen el reciclaje permanente de los trabajadores, la formación de los delegados de prevención y de los trabajadores designados con la finalidad de mejorar su actividad preventiva, la adaptación de la formación atendiendo a los avances técnicos y a los riesgos emergentes para los profesionales de los servicios de prevención, así como aquellos programas dirigidos a sectores y colectivos con alta siniestralidad y mayor vulnerabilidad Finalmente, en el futuro Plan Nacional o en los Planes que se adopten en las CCAA, las iniciativas dirigidas a la promoción de la formación sobre seguridad y salud laboral deben ir acompañadas de una evaluación de los resultados, para, en su caso, reorientar las políticas públicas, o las instituciones o entidades responsables de la puesta en práctica de las acciones, si no se alcanzan los objetivos propuestos.

e) Por lo que respecta al reforzamiento de la vigilancia y el control del cumplimiento de la normativa, la política autonómica debe centrarse en las siguientes actuaciones:

- Alcanzar la coordinación entre la actuación de los Inspectores de Trabajo y los Técnicos Autonómicos habilitados, a través de programas específicos de visitas individuales o conjuntas.
- Reforzar la actuación de asesoramiento técnico, a través de visitas dirigidas a la información y el asesoramiento técnico para el cumplimiento de las reglas de documentación del cumplimiento de las obligaciones de los empresarios en actividades concurrentes, y sobre las medidas de coordinación idóneas (por ejemplo sobre la designación de personal para la coordinación de la actividad preventiva, en determinados casos).

f) Por lo que se refiere al sistema de gestión de la prevención, hemos de subrayar que la calidad de la prevención debe mejorarse. El modelo actual presenta problemas en su aplicación que aconsejan de una parte que el marco jurídico asegure en mayor medida la seguridad jurídica de los distintos agentes implicados (empresa, servicios de prevención, técnicos, ITSS, Autoridad Laboral…). En concreto, mejorar la prevención tiene mucho que ver con perfeccionar el sistema de acreditación (y de revocación de la acreditación) y al mismo tiempo reforzar el sistema de información (registros, memorias...).

En este sentido debe destacarse que el elemento territorial que es estructural en nuestro modelo de Estado no puede ser un factor que redunde negativamente en la calidad de la prevención para ello es preciso un esfuerzo para alcanzar una mayor homogeneidad entre los diversos territorios cuya principal herramienta es un sistema de información adecuado.

Para la Estrategia Andaluza próxima deben tenerse en cuenta ciertas consideraciones con vistas al desarrollo futuro de las previsiones contenidas en la Estrategia Española. Mejorar la calidad de la prevención exige perfeccionar el sistema de acreditación. En primer lugar, dar solución a los problemas aplicativos del actual modelo de acreditación y así deben establecerse criterios de acreditación uniformes y vinculantes, que garanticen, además de la homogeneidad del servicio en el Estado, que los SPA cuentan en cada Comunidad Autónoma en la desarrollen sus funciones con unos recursos mínimos. Es preciso, igualmente, un procedimiento de revocación de la acreditación donde queden precisados sus causas y efectos.

Por lo que se refiere al establecimiento de los criterios de calidad de los Servicios de prevención han de fijarse criterios mínimos junto con la promoción de las buenas prácticas (por encima del cumplimiento de los mínimos). Mayores dosis de prevención exigen destinar más recursos tanto humanos como materiales, pero resulta primordial definir tanto los medios humanos como los medios materiales mínimos y por tanto homogéneos en todo el territorio del Estado para conseguir la acreditación. Estas ratios mínimas (obligato-

rias) en función del número de trabajadores y los sectores de actividad han de ser completadas con otras ratios aconsejables. Finalmente la vigilancia de la salud, como hemos visto se confirma en las Estrategias Europea y Española como un aspecto prioritario.

Mejorar la prevención también exige mejorar el contenido mínimo conciertos entre las empresas y los servicios de prevención ajenos, lo que debe conllevar claridad y transparencia que permita fácilmente al empresario valorar el cumplimiento de las obligaciones legales.

Las exigencias de calidad expresada en recursos mínimos para los SPA deben también guiar la exigencia de calidad de los SPP y SPM.

Es preciso mejorar el sistema de información y ello exige actuar y potenciar el uso tanto de los registros como de las memorias, reforzar sus contenidos y su tratamiento unificado así como conectar por vía informática las fuentes de información de las distintas CCAA.

En definitiva, podría proponerse lo siguiente:

- Las medidas relativas a los Servicios de Prevención Propios requieren de una normativa reguladora y, en su caso, de un plan integral, del que se derivarán la aplicación de los recursos humanos y materiales necesarios.
- Establecer procedimientos de control del sistema de prevención de riesgos laborales en las empresas, a través de un sistema de evaluación de la actuación de los diversos servicios de prevención (ajenos, propios, mancomunados, y de los trabajadores designados).
- Proponer un modelo de concierto de prevención que sea objeto de información y difusión mediante una campaña informativa y que garantice unos servicios de calidad, y así garantice que la evaluación de riesgos debe de concretarse sobre todos y cada uno de los puestos de trabajo y teniendo en cuenta las personas, los trabajadores que los ocupan, atendiendo a sus características personales o su especial vulnerabilidad hacia los riesgos (edad, sexo, si presenta alguna minusvalía). Es preciso pues mejorar el contenido mínimo de los conciertos entre las empresas y los servicios de prevención ajenos, lo que debe conllevar claridad y transparencia que permita fácilmente al empresario valorar el cumplimiento de las obligaciones legales.
- Establecer una calificación de las empresas para la contratación pública con la Administración Autonómica o a la concesión de ayudas públicas, o a efectos de licencia de obras en su territorio, que valore el cumplimiento de las obligaciones preventivas, la aportación del Plan de Prevención, la obligación de tener establecida una organización preventiva, o la superación de un control de calidad en la gestión preventiva.

- Establecer a efectos de superar un control de calidad en la gestión preventiva por parte de las empresas un sistema de indicadores de seguridad y salud laboral que determinen el nivel mínimo de calidad del sistema de prevención de la empresa, como pueden ser los que fijen el número de recursos preventivos por trabajadores, la existencia de al menos un trabajador de la empresa con la formación y dedicación apropiadas para propiciar la aplicación práctica de las medidas preventivas.

LA POLÍTICA ANDALUZA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES: HACIA UN PARADIGMA DE CULTURA PROMOCIONAL

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén
Director del Laboratorio-Observatorio de Riesgos Psicosociales de Andalucía Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales

EXTRACTO **Palabras Clave: Riesgos laborales, estrés laboral**

El reparto constitucional de competencias, que atribuye un monopolio al Estado en el ámbito de la regulación, ha limitado el papel del Autogobierno en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. La práctica ha demostrado que para avanzar en la cultura preventiva, y en la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores por parte de los empleadores, se necesitan más que nuevas normas compromisos efectivos para hacer que esas normas sean realidades vividas en las empresas de modo cotidiano. Pues bien, el progreso en la prevención de riesgos emergentes, como los riesgos psicosociales –estrés laboral, violencia en el trabajo, acoso moral…-, es un buen campo de pruebas para analizar el importante papel de las Comunidades Autónomas en la promoción de una práctica preventiva más adecuada, haciendo creible o fiable el derecho de los trabajadores.

ABSTRACT **Key words: occupational risks, occupational stress**

The constitutional share of competences with regard to the regulation of occupational risk prevention confers the State the monopoly, limiting the role of self-government in this sphere. However, practice has proven that in order to advance in a preventive culture and in the efficient protection of the safety and health of workers by employers, more effective regulations are needed so that they become the everyday reality in undertakings. Progress in the prevention of rising risks such as psychosocial risks – occupational stress, occupational violence, mobbing, etc. – is a apt test field to analyse the significant role played by Autonomous Communities in the promotion of a more suitable prevention culture, making the rights of workers more believable and reliable.

TEMAS LABORALES Vol. III. núm. 100/2009. Págs. 1.293-1.312.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL MARCO REGULADOR: FUENTES DE LA POLÍTICA ANDALUZA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES
   2.1. Las fuentes heterónomas: el Estatuto de Autonomía y el Plan General
   2.2. Los compromisos en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social
   2.3. El tratamiento de los "riesgos psicosociales" en el "marco autonómico" de negociación colectiva en Andalucía: una asignatura pendiente
3. LA ACCION PREVENTIVA EN ANDALUCÍA SOBRE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: EL MARCO PROMOCIONAL
   3.1. El catálogo general de posibles actuaciones preventivas de la CA en relación a los riesgos psicosociales
   3.2. Una cuestión previa: el favor de la CA por la inclusión en el marco de la LPRL todo el catálogo de riesgos psicosociales tenidos como tales
   3.3. Presencia de los riesgos psicosociales en las actuaciones administrativas de la Junta de Andalucía: medidas y balance de eficacia
      3.3.1. La presencia de los riesgos psicosociales en la función promocional
      3.3.2. La función de policía preventivo-laboral para progresar en la gestión empresarial de los riesgos psicosociales
4. NUEVAS PERSPECTIVAS DE PROGRESO EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA POLÍTICA ANDALUZA
5. REFLEXIÓN FINAL

1. **INTRODUCCIÓN**

Es un auténtico lugar común en la doctrina laboralista, asumido en el mundo de la práctica laboral, señalar que son limitadas competencias reguladoras del Autogobierno en materia de prevención de riesgos laborales, pues el monopolio estatal respecto de la materia a la que pertenece, según la doctrina constitucional, la "legislación laboral", se ampara en una norma constitucional –artículo 149.1.7ª CE–. Ahora bien, más allá de este tópico, entiendo que es hoy obligado poner de relieve que las CCAA asumen un marcado protagonismo en el diseño y en la puesta en práctica de las políticas preventivas de riesgos laborales, sin perjuicio de intentar responder al referente común que suponen las actuaciones de otros niveles de gestión socio-pública que se sitúan por encima de este ámbito, en especial las Estrategias Comunitarias y la Estatal de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como los compromisos en el marco del Diálogo Social. Desde esta perspectiva, no creo estar muy lejos de la razón cuando sitúo en la política o acción autonómica de PRL una de las mayores y mejores garantías para la efectividad del derecho, constitucional y legalmente reconocido, a un sistema de protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo –artículo 14 LPRL en relación a los artículos 15, 40 y 43 CE–[1].

[1] Así lo he recordado recientemente en "El marco regulador de la política andaluza de prevención de riesgos laborales: aspectos generales". En AAVV (dir: Monereo Pérez, J.L-

De este modo, desplazo el enfoque desde el plano normativo del reconocimiento, y regulación, al plano de las garantías del mismo, entre las que hoy ocupan un lugar especial, no sólo en el ámbito preventivo pero sí especialmente, el marco promocional y el sistema de gestión que se defina y aplique por cada poder de autogobierno. Aún, insisto, en el ámbito de una acción lo más coherente y coordinada posible entre todos los Poderes de Autogobierno, el Poder Central y el Comunitario, dado que estamos ante una auténtica política social comunitaria. Para comprender el énfasis que pongo en esta lógica hay que traer a colación el cambio producido en los últimos años, a nivel internacional general y, cómo no, comunitario en particular, en la comprensión de la acción preventiva de riesgos profesionales, que pone el acento más que en las normas en los instrumentos orientados a transformarlas en prácticas.

Esta idea es la que parece dominar la política internacional de los últimos años en esta materia, pues resulta bien visible el tránsito actual desde una lógica centrada en el marco normativo regulador , que es la que tradicionalmente ha ocupado los mayores esfuerzos, a otra que busca primar el marco promocional del cumplimiento de aquél marco, antes que seguir renovándolo incesantemente. Así se desprende de las diversas Estrategias Comunitarias en materia de Seguridad y Salud, de un lado, auque en este ámbito la legislación no deje de crecer y multiplicarse, hasta límites ya incontrolados, y también del nuevo Convenio OIT n. 187. En este nuevo, al menos parcialmente renovado, escenario, se abren nuevas dimensiones y, otorga una marcada relevancia, hasta llegar a ser crucial, a la política preventiva de cada Comunidad Autónoma.

Si este cambio es bien visible con carácter general, lo es mucho más respecto de una nueva tipología de riesgos emergentes, los llamados riesgos psicosociales –estrés, violencia, adicciones…–. Como es conocido, en la polémica que enfrenta dos modelos diferentes de afrontar su ordenación preventiva, el modelo basado en nuevas leyes que los tipifiquen y regulen, y el basado en nuevos instrumentos que garantice su gestión práctica desde la legislación ya vigente, es este segundo el que viene ganando posiciones, como prueba la opción seguida recientemente en la Unión Europea. Ésta, dejando a un lado su anterior posición favorable, al menos por parte de la Comisión y el Parlamento europeos, a elaborar "instrumentos normativos" sobre tales riesgos, se ha inclinado por promover "nuevas vías de progreso" al respecto, incluyendo tanto el recurso al Diálogo Social como los marcos promocionales, a través de técnicas, entre otras, de incentivo.

Serrano Falcón, Carolina). *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Comares. 2009. página 214.

Por eso, me parece que el análisis de las políticas autonómicas sobre riesgos de origen psicosocial es un buen banco de pruebas, y magnífico campo de análisis, para evidenciar, y experimentar, la capacidad por parte del Autogobierno de promover una cultura efectiva de prevención de riesgos laborales en general, y más particular en los llamados riesgos emergentes. Estos son los que menos regulación tienen pero, en cambio, admiten un gran margen de actuación desde la organización de un marco de gestión y promoción propio, para hacer frente a un problema de enorme magnitud, por ser el segundo, sino el primero, problema de salud laboral de la UE.

2. EL MARCO REGULADOR: FUENTES DE LA POLÍTICA ANDALUZA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES

2.1. Las fuentes heterónomas: el Estatuto de Autonomía y el Plan General

El tratamiento de los riesgos psicosociales en la política andaluza de PRL debe analizarse, como es lógico, a través de la identificación de las referencias que tal tipo de riesgos emergentes encuentran en las fuentes que integran el vigente "marco normativo autonómico". A tal fin, conviene diferenciar claramente las siguientes[2]:

1) Fuentes Heterónomas: el Estatuto de Autonomía y sus normas de desarrollo

2) Fuentes "Concertadas": los Pactos de Concertación Social en Andalucía

3) Fuentes convencionales: los Acuerdos Colectivos

En el plano de las fuentes heterónomas**,** hay que comenzar por recordar la amplia presencia de la materia preventiva en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma Andaluza –LO 2/2007, de 19 de marzo–. Este Estatuto –EAA– es de los que más han impulsado, junto al catalán, el intento de redefinición de un nuevo Estado Social Autonómico de Derecho. A tal fin, y partiendo de la acción preventiva como un principio rector de las políticas públicas, promueve la creación de un marco propio.

La mejor expresión de este enfoque autonomista en materia preventiva la hallamos en el artículo 171.2 EAA que, con una fórmula imperativa –"se dotará…", pone las bases para crear un marco de gestión preventiva autonómico articulado sobre el diseño de "instrumentos propios para la lucha contra

[2] Con character general remito al análisis efectuado en mi estudio "*El marco regulador de la política andaluza de PRL…*". Op. Cit. pp. 214 y ss.

la siniestralidad laboral". Cierto, bien podría pensarse que con un planteamiento de este tipo se acoge una visión tradicional de la cuestión de la seguridad y salud en el trabajo, tanto en el plano regulador como en el plano material. En el primero, porque el Estatuto se muestra muy disciplinado respecto del entendimiento ortodoxo del reparto constitucional de competencias, como nos recuerda el artículo 63 del EAA, que atribuye a la Comunidad Autónoma, "en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales, que incluyen en todo caso:… 4. La Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo. (…)". En el segundo, porque se sitúa el eje de la acción preventiva en la "lucha contra la siniestralidad laboral", por tanto, contra los llamados "riesgos físicos", los más tradicionales.

Ahora bien, como ya se ha indicado, el plano más determinante para avanzar en un marco autonómico de garantías efectivas frente a los riesgos profesionales no está tanto en la regulación, cuyo entramado es ya tan denso y extenso que reclama casi "a gritos" una simplificación, sino más bien, y sobre todo, en el diseño, por los poderes públicos, de un sistema más eficaz que el actual para de gestión preventiva de riesgos en los ambientes de trabajo. Un sistema de gestión pública que no debe desplazar, sin complementar y promover, el que deben integrar las empresas en su gestión diaria como garantía de su deber ex artículo 14 LPRL. De este modo, el Estatuto evidencia con toda nitidez su voluntad de crear un marco autonómico específico de promoción de la PRL para Andalucía. A tal fin, deberá dotarse de las piezas institucionales y técnicas necesarias para su elaboración y, sobre todo, para su puesta en práctica real, efectiva. Precisamente, esa es la misión fundamental asumida, dentro de la Consejería de Empleo, y en el ámbito de dirección política del entero proceso, por la creación de una Dirección General específica en la materia, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, que constituye una importante singularidad en relación al resto de las CCAAA. Y, en el de la cultura de promoción preventiva, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales –IAPRL–, de reciente creación –Ley10/2006–.

En el plano de los instrumentos de acción, la herramienta llamada a desplegar un mayor relieve para propiciar la creación de ese marco autonómico de gestión y de promoción preventivas, bajo formas coherentes y eficaces, es el recurso a la Técnica de Planificación Preventiva, concretada en los llamados "Planes Generales de PRL" y que, ahora, se llamarán "Estrategias Autonómicas" de PRL, en sintonía tanto con la opción seguida por la UE como, en su aplicación, por los Estados miembros. A este respecto, conviene poner de relieve una doble singularidad del modelo andaluz en esta materia y que evidencia un reforzamiento del compromiso con la promoción de la PRL en relación a riesgos emergentes, como son los riesgos psicosociales. La primera

tiene que ver con el rango jurídico dado al I Plan, que fue aprobado a través del Decreto 313/2003, de 11 de noviembre.

En efecto, aunque prácticamente todas las CCAA han recurrido al instrumento de la Planificación Preventiva General, pues prácticamente todas las CCAA, pocas son las que han elegido la forma de una norma jurídica, heterónoma y vinculante, no obstante su contenido programático, para darle carta de naturaleza. Este plus de valor significa, cuando menos, un mayor compromiso político y social con el mandato de la prevención de riesgos laborales, al ser un Decreto del Gobierno de la Junta de Andalucía. Esta opción normativa no es frecuente, pues se suele dar preferencia, cuando no se recogen en instrumentos de concertación social propiamente, a fórmulas típicamente políticas, como evidencia el principal y pionero modelo de referencia, las Estrategias Comunitarias de Seguridad y Salud en el Trabajo (periodos 2002 a 2006, y 2007 a 2012), que siempre se han aprobado mediante documentos no vinculantes, como es una "Comunicación" de la Comisión, y desde luego también el referente más actual y más próximo, la Estrategia Española, que es un Acuerdo del Consejo de Ministros –29 de junio de 2007–, si bien su contenido ha estado participado por las CCAA y los interlocutores sociales, pues han sido ampliamente negociados durante casi dos años con unas y otros. En todos los casos, no hay que olvidarlo, al margen de la forma que asuma su aprobación, se trata de Planes de Acción a fin de programar la actuación de futuro tanto en el plano de las políticas públicas como de promoción-incentivo- de la acción de los interlocutores sociales, que suelen ver reconocidos más espacios de intervención.

La segunda singularidad, respecto de otros Planes autonómicos análogos y, desde lluego menos comprensiblemente, de la reciente Estrategia Española, está, por lo que aquí interesa, en hacer diferentes indicaciones, y fijar compromisos, en torno a la necesidad de promover instrumentos de acción respecto de los riesgos emergentes en general, y de los riesgos psicosociales en particular. Se sigue, así, la opción fijada en la Estrategia comunitaria. Se fomenta de este modo no ya sólo la seguridad física sino la salud en sentido integral, promoviendo tanto la investigación como la acción concertada, profesional –red de convenios con Colegios de Psicólogos– y sindical – Red de Laboratorios–, sobre riesgos psicosociales, e impulsando la puesta en práctica de instrumentos más eficaces para su prevención, incluso antes y más allá de las previsiones hasta el momento realizadas en el marco estatal….

2.2. **Los compromisos en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social**

El modelo de gestión de relaciones laborales en Andalucía siempre ha evidenciado un especial favor por la búsqueda del consenso con los interlocutores sociales, de modo que la Concertación Social puede entenderse, con sus

grandes ventajas pero, sin duda, también con algún inconveniente no desdeñable, como una señal de identidad de la política sociolaboral de la Junta de Andalucía. De este modo, si ya el V Acuerdo de Concertación reflejó una intensa actuación en esta materia, estando en la base de un buen número de las acciones promovidas por el referido I Plan General para la PRL, es sin duda el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito el 25 de enero de 2005, y ahora en fase de revisión, el más relevante.

En relación al aspecto preventivo que aquí nos interesa, y partiendo de la clara apuesta por incluir el imperativo de un ambiente laboral seguro y saludable como una exigencia de la "Cultura de la Calidad en empleo" –punto III–, se orienta en la línea de fomentar no sólo un enfoque reactivo –reducir la siniestralidad laboral–, sino ir también hacia un enfoque proactivo. Como instrumento de concertación social que es, por tanto integrado más por compromisos de carácter instrumental, se enfatiza lo que se conoce como cláusulas de Derecho Reflexivo y de gobierno de la acción preventiva en riesgos profesionales, no directamente reguladora.

Así, y al margen de reforzar el protagonismo del órgano de *concertación-consulta permanente* en materia de PRL, el Consejo Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales –CAPRL–, al que le correspondería la "coordinación general, el seguimiento y el control del Plan General de PRL *de Andalucía*", se dirigirá hacia la creación de un órgano específicamente ideado para promover la cultura preventiva, el referido IAPRL, y, sobre todo, a impulsar una Red de Laboratorio-Observatorios especializados en materias relevantes, entre ellos el de Riesgos psicosociales –ya creado y dirigido por la Universidad de Jaén–[3]. De este modo, el IV Acuerdo de Concertación Social anticipaba uno de los ejes de actuación que luego serían incluidos en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012.

Tal eje es aquél por el que el Estado se compromete a "perfeccionar los sistemas de información e investigación en materia de seguridad y salud en el trabajo" – Objetivo 5–. Entre las líneas de actuación que se propone para alcanzar este Objetivo se refería a:

a) Un sistema de Observatorio estatal de las condiciones de Trabajo, incardinado en el INSHT.
b) La creación de una red de Institutos públicos de investigación en PRL, liderada y coordinada por el INSHT pero con participación de los Institutos Autonómicos. Entre los ámbitos preferentes de análisis e intervención tanto de las causas como de los métodos para

[3] A él se suma el relativo a la la innovación tecnológica – ya creado a través del Pabellón de la Prevención del Parque de las Ciencias de Granada–, y el de las enfermedades profesionales –creado y dirigido por la Universidad de Huelva.

erradicarlas se sitúa el "conocimiento de los riesgos nuevos y emergentes, su anticipación y prevención" – punto 5.3 Estrategia–.

Pues bien, la red autonómica, hoy ya creada y en fase de desarrollo, en el marco del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, se revela como la primera experiencia en tal dirección que existe en España, y también en el ámbito del resto de la Unión Europea. En este sentido, enlaza directamente con el compromiso establecido para los Estados de la UE en la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales, que promueve la investigación de la incidencia de los factores de riesgo psicosocial en la salud de los trabajadores.

2.3. **El tratamiento de los "riesgos psicosociales" en el "marco autonómico" de negociación colectiva en Andalucía: una asignatura pendiente**

La atención pionera y significativa que los pactos de concertación social otorgan al tema de los riesgos psicosociales contrasta abiertamente, al menos de momento, con la ausencia de un tratamiento específico y relevante de esta materia en el ámbito de la negociación colectiva propiamente andaluza. Esta ausencia de posición específica en esta materia puede explicarse si se tiene en cuenta que, en materia preventiva en general, Andalucía no cuenta hasta hoy con un marco específico para la ordenación convencional de la PRL, a diferencia de lo que sucede en alguna CA, como es el caso de Cataluña, cuyos interlocutores sociales, en coherencia con el mayor influjo de las políticas nacionalistas en este territorio, han considerado oportuno firmar un ANC-Autonómico, en términos análogos al concluido en el plano estatal, al menos en los años anteriores, pues sabido es que para este año ha fracasado el intento de revisión. No es esta la posición, hasta ahora, de los interlocutores sociales en Andalucía.

No obstante, esta ausencia de un marco convencional autonómico específico en materia preventiva –y en relación a otras materias laborales–, no ha supuesto que, para ciertos aspectos preventivos y en determinados sectores, sí contemos con algunos Convenios, Acuerdos o Pactos Colectivos de especial relevancia, en especial respecto del sector de la construcción –ejemplo: Acuerdo de creación de la Comisión Regional para la PRL en el Sector de la Construcción de Andalucía–, o en el ámbito del empleo público –ejemplo: Acuerdo de 6 de noviembre de 2001, del Consejo de Gobierno, que aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación sobre derechos de participación en materia de PRL en el ámbito de la Administración de la Junta…–. Por lo tanto, bien podría haberse seguido alguna fórmula análoga para los riesgos emergentes, una vez expresado el compromiso en el marco de la Concertación Social.

No ha ocurrido así a día de hoy. Una ausencia que es especialmente llamativa si se tiene en cuenta, como ya se anticipó, que la opción española, en coherencia con la opción comunitaria, ha sido la de promover que esta materia sea asumida básicamente por los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva.

3. LA ACCION PREVENTIVA EN ANDALUCÍA SOBRE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES: EL MARCO PROMOCIONAL

3.1. El catálogo general de posibles actuaciones preventivas de la CA en relación a los riesgos psicosociales

El enfoque elegido en este trabajo para analizar la política andaluza en materia de gestión de los riesgos psicosociales, tanto desde sus responsabilidades públicas como desde sus potestades de fomento y de control del actuar empresarial, principal garante o sujeto obligado a tal gestión, es práctico, de modo que, siguiendo la lógica evolutiva en esta materia por las Organizaciones Internacionales de mayor referencia –OIT y UE–, centramos nuestra atención sobre el "ser" en esta materia –plano sociológico de observación de la norma- y no tanto sobre el "deber ser" –plano normativo de la acción–. Por eso, parece evidente que la realización de todo balance sobre cuál ha sido el tratamiento que los riesgos psicosociales vienen recibiendo en nuestra Comunidad ha de pasar por analizar cuál es su presencia en las diferentes políticas que competen a tal fin a la Junta de Andalucía.

En este sentido, entiendo obligado recordar que, según el artículo 5 LPRL, la política en materia de PRL tendrá por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, a fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en sus lugares de trabajo, considerado como un sistema ambiente dotado de una significativa calidad de vida –artículo 15 en relación al artículo 40, 43 y 45 CE–. Esta política cuenta con diversos instrumentos para su realización. A este respecto, en cumplimiento de la legislación estatal, a la autoridad autonómica compete

a) Promover la prevención, la información, divulgación, formación e investigación en materia preventiva.
b) Asesorar a los sujetos obligados a través de los órganos técnicos en materia preventiva, incluidas la asistencia y cooperación técnica.
c) Velar por el cumplimiento de la normativa sobre PRL mediante las actuaciones de vigilancia y control. A estos efectos, prestarán el asesoramiento y la asistencia necesarios para el mejor cumplimiento de dicha normativa y desarrollarán programas específicos. En este contexto, especial importancia tiene el impulso de la colaboración entre técnicos autonómicos y la ITSS.

d) Sancionar el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.

Junto a estas competencias, que realmente no son sino expresión del esquema clásico de potestades público-administrativas (la función promocional se articula a través de técnica de fomento o incentivo; la función de verificación del cumplimiento de los requisitos para poder actuar a través de la técnica autorizadora o actividad de limitación y la función de vigilancia y, en su caso, sanción a través de la potestad de policía), hay que incluir la prestacional típica de la acción de servicio público que se concreta básicamente, aunque no sólo, en la configuración de la Consejería de Empleo, a raíz del Decreto 117/2000 - y D. 99/2002–, como Servicios de Prevención de los empleados de la Administración de la Junta, que incluye el personal de educación –salvo el universitario–, pero no el sanitario, que tiene su propia ordenación. Si con carácter general ya hemos podido poner de manifiesto en otro lugar que la eficacia de esta ordenación es muy limitada, si no claramente deficitaria, lo que exige una profunda revisión o reordenación, es evidente que en el ámbito de los riesgos psicosociales esta insuficiencia se proyecta con mayor rigor, en cuanto que el sector del empleo público es uno de los que tiene mayor incidencia de estos riesgos, en especial el síndrome del quemado o de desgaste profesional, la violencia externa, en el caso del sector docente y, sobre todo, sanitario, y el acoso moral en el trabajo. A este respecto, el cumplimiento de la normativa reciente tanto del Estatuto Básico del Empleado Público como la Ley de Igualdad exigirá un mayor esfuerzo en esta línea.

3.2. **Una cuestión previa: el favor de la Comunidad Autónoma por la inclusión en el marco de la LPRL todo el catálogo de riesgos psicosociales tenidos como tales**

Antes de entrar en una sucinta referencia a la presencia que el tratamiento de los riesgos psicosociales, en su dimensión preventiva, tiene en el indicado catálogo de potestades administrativas de la Junta de Andalucía en este ámbito, es oportuno poner de relieve una cuestión previa. Me refiero a que en la Comunidad Autónoma andaluza sus autoridades preventivas siempre han mantenido, al menos con carácter general y en el plano oficial, que los riesgos de origen psicosocial son propiamente riesgos de carácter o naturaleza laboral cuando, conforme al articulo 4 de la LPRL, se vinculan al trabajo, bien por derivar directamente de él –relación de causalidad directa– bien por producirse con ocasión de él –relación de ocasionalidad o causalidad refleja–. Quizás pueda pensarse que esto "va de suyo" o que es una "perogrullada", pero no lo es. Y no lo es porque, como es sabido, la naturaleza laboral de algunos de estos riesgos ha sido cuestionada, tanto en el plano empresarial como en el plano judicial.

En este sentido, y más particularmente, la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral siempre ha mantenido, en el marco de sus competencias, que riesgos tales como el acoso moral, en todas sus modalidades –moral, sexual, discriminatorio- y también la violencia externa, esto es, la procedente de terceros a la organización, si se vinculan al mundo laboral, son riesgos profesionales y en tal sentido han de tratarse en el marco de la acción jurídico-pública en esta materia. Sin embargo, tal posición o no ha sido siempre compartida por otros operadores o actores del sistema, o no se ha plasmado en actuaciones concretas coherentes con tal punto de partida. Así, respecto de la *violencia externa*, sabido es que sólo recientemente ha quedado tal cuestión zanjada con el claro pronunciamiento de la jurisprudencia del TS en tal sentido, al afirmar con rotundidez que la violencia procedente de terceros que se ejerza en el lugar de trabajo o con ocasión de la actividad laboral ha de tenerse como riesgo laboral y tratarse en el marco del sistema de acción preventiva de la LPRL –SSTS, 4ª, 20 septiembre de 2007, y 25 de junio de 2008–. Esta modalidad de violencia queda incluida en el Acuerdo Comunitario sobre Violencia y Acoso, si bien de una forma más diluida, por tanto mucho más incierta y debilitada, al remitir la gestión de la misma en el ámbito de la empresa a la decisión conjunta de las partes que hayan optado por asumir o integrar el contenido del Acuerdo en su unidad de negociación, pues de otro modo quedaría al margen de la acción promovida por aquel Acuerdo.

Más controvertido es el tema relativo al acoso moral en el trabajo. A este respecto, al conocido criterio técnico de la ITSS, el 34/2003, que ha venido negando la naturaleza de riesgo laboral al acoso en el trabajo, se le ha sumado recientemente una sentencia del TS, entiendo que aislada y poco reflexiva, y desde luego en extremo contradictoria con la jurisprudencia relativa a la violencia externa, de 15 de diciembre de 2008, que considera que no es posible prever el acoso moral en el trabajo antes de que haya sido denunciado por el trabajador –o la trabajadora– afectados.

De este modo, de consolidarse tan nefasta doctrina, echaría por tierra toda línea de actuación institucional orientada, como es el caso, a incluir dentro de la Evaluación de Riesgos ex artículo 16 LPRL el catálogo de riesgos psicosociales.

Por lo que concierne a la posición institucional de la ITSS, es importante llamar la atención sobre el cambio de criterio que ha tenido lugar recientemente. En esta dirección, el nuevo CT 69/2009 deroga el anterior y propone el tratamiento del acoso moral en el trabajo dentro de la política de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, y evidenciando algunas incertidumbres que deja abiertas este criterio, se opta por una cierta "solución salomónica", de modo que la dimensión preventiva en modo alguno podría perjudicar la vía estrictamente laboral, que queda abierta, esto es, se sigue evidenciando la posibilidad de acudir a la sanción del acoso moral en el trabajo desde su considera-

ción, correcta desde luego cuando el proceso está consolidado, como atentando contra la integridad moral y la dignidad personal –y profesional- del trabajador ex artículo 8.11 TRLISOS, en relación al artículo 4 LET. A partir de ahora, pues, la ITSS podrá estimular o promover la vía preventiva, hasta ahora en la reserva, de modo que sólo excepcionales veces se ha conducido una actuación contra el acoso por la vía de la actividad preventiva, si bien no se descartan ejemplos en los que, tras el Requerimiento previo de la ITSS, se han efectuado en las empresas, tanto privadas como en las AAPP, la correspondiente Evaluación de Riesgos que incluyan todos los psisociales, también el acoso moral. En consecuencia, y como luego se verá al analizar las nuevas expectativas de actuación en materia, la labor inspectora puede ser un importante revulsivo para que empresas y AAPP se decidan a incorporar de un modo más relevante y generalizado la gestión preventiva de riesgos psicosociales.

En lo que concierne a la STS 15 de diciembre de 2008, merece una referencia especial, por el objeto de este trabajo, el que se dicta en revisión de una doctrina fijada por el TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla. Esta Sala se ha venido señalando por admitir, desde temprana fecha, la consideración del acoso moral como un riesgo profesional, de modo que debía incorporarse en el marco de los deberes preventivos del empleador.

En este sentido, la Sala de Sevilla habría venido evidenciado una predisposición al respecto mucho mayor que las demás Salas del TSJ Andalucía, en especial que la de Granada. Esta última ha aceptado sin dificultad la consideración de los daños derivados de situaciones de acoso moral en el trabajo como accidentes de trabajo pero, en cambio, no ha hecho lo propio con su consideración como riesgo laboral, de modo que ha llegado a negar el recargo de prestaciones en situaciones más que acreditadas de acoso por entender que no es posible incluir la prevención del acoso moral en el trabajo dentro de los deberes preventivos del empleador, sino de los reactivos. Ni que decir tiene, aunque este ámbito no sea el más apropiado para entrar en un análisis detenido sobre tan importante y sugerente cuestión, que considero más acertada la posición del TSJ Andalucía, Sala de Sevilla.

Finalmente, un comentario aparte merecen las llamadas Adicciones, en la medida en que, pese a aceptarse su naturaleza de riesgo psicosocial, no existe acuerdo, ni en el plano científico ni en el institucional, para incluirlo en el catálogo de riesgos laborales –me refiero a las adicciones al tabaco, a sustancias toxicológicas…–. Otra cosa bien distinta es que se promuevan acciones orientadas a prevenirlo, y también en el ámbito de la negociación colectiva se incluyan programas que enfatizan esta lógica preventiva frente a la más tradicional, propia de la vigente legislación laboral, de inclusión en el régimen disciplinario. En este sentido, la propia Unión Territorial de UGT en nuestra Comunidad (UGT-A) ha adoptado, concretamente para su Secretaria de Salud Laboral, la denominación que amplia su marco de acción a las Adicciones.

Sentada la posición favorable, con carácter general, de la autoridad laboral andaluza a un tratamiento amplio de los riesgos psicosociales en el ámbito de la PRL, es hora de acercarnos de un modo más preciso a la presencia que estos riesgos han tenido hasta el momento en sus actuaciones. Veámoslo sucintamente.

3.3. **Presencia de los riesgos psicosociales en las actuaciones administrativas de la Junta de Andalucía: medidas y balance de eficacia**

3.3.1. La presencia de los riesgos psicosociales en la función promocional

Por lo que hace a la función o política promocional, ya se dijo que es la que está destinada a adquirir un creciente protagonismo, tanto con carácter general, en todo el ámbito preventivo, como en particular respecto de los riesgos psicosociales. La razón está en el referido cambio de modelo: desde las más diversas instancias se promueve un enfoque menos basado en la regulación y en la prohibición (y sanción de su incumplimiento), y más en la concienciación (en la motivación o incentivo al cumplimiento) de los obligados. A mi juicio, dentro de esta actividad, que sin duda implica un cierto grado de intervención –orientadora– administrativa en esta materia, cabría incluir como mínimos dos actividades básicas:

a) La actividad de planificación, entendido como aquél proceso racional de previsión, estructuración, diseño y asignación óptima de todos los recursos disponibles, para que se alcancen los resultados esperados en materia preventiva en un tiempo y espacio dados

Si en el ámbito comunitario el instrumento más conocido es la Estrategia, luego seguida en el ámbito estatal, en el ámbito autonómico esta técnica se ha concretado en el también referido I Plan General para la PRL en Andalucía -Decreto 313/2003-, que en breve se convertirá también, en su segunda edición, en Estrategia Autonómica. Como ya se indicó, la opción andaluza ha sido la de incluir de modo expreso acciones dirigidas a la gestión preventiva de los riesgos psicosociales.

b) La actividad de incentivo o estímulo como vía de progreso preventivo

A ella hace especial mención la LPRL, que manda a las Administraciones públicas fomentar las actividades desarrolladas por los sujetos obligados, en orden a la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. La Estrategia Comunitaria la considera como una de las "vías de progreso" en materia preventiva

El instrumento más típico para articular esta actividad es la concesión de una subvención finalista. A tal fin, se concretan diferentes líneas de actuación como son:

- el fomento de la investigación en nuevas formas de protección y la promoción de estructuras eficaces de prevención, así como para riesgos emergentes.

En coherencia con los compromisos adquiridos en el I Plan, y en el VI Acuerdo de Concertación Social, la Dirección General de Seguridad y Salud en el Trabajo primero, y ahora el IAPRL también, han dedicado una especial atención, a través del incentivo investigador, a la prevención de riesgos emergentes, creando su propio espacio. Esta actividad se despliega básicamente a través del fomento de Proyectos de Investigación –Subvenciones específicas– a cargo de las Universidades Públicas andaluzas, por un lado, y por otro, con una dimensión más técnico-profesional, con las subvenciones –incentivos– a los diferentes Colegios Profesionales. Este es el caso, por ejemplo, de la Orden de 2 de junio de 2008, por la que se modifica la de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las Universidades públicas andaluzas para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales. O la Orden de 18 de abril de 2008, por la que se convoca la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales para el año 2008 con sujeción a las bases reguladoras aprobadas por Orden de 19 de julio de 2005 –BOJA 94, 13/05/2008–).

De este modo, conviene reconocerlo, la Consejería de Empleo está parcialmente supliendo las carencias que, en materia preventiva, padece todavía, de un modo poco comprensible, la política "oficial" de investigación científica, tanto estatal como autonómica. Una situación que debería cambiar una vez se ponga en marca de modo efectivo 5, ya indicado, y el 7, de la Estrategia Española. En todo caso, lo que hay que evidenciar es que Andalucía ha venido haciendo un notable esfuerzo por promover una línea de investigación específica sobre riesgos psicosociales, tanto en relación a sus causas como, sobre todo, a los métodos para orientar su prevención.

En todo caso, y en esta misma lógica de fomentar el conocimiento de la situación de los riesgos en nuestra Comunidad, conviene tener igualmente presente la inclusión de los factores de riesgo psicosocial en la elaboración de *la I Encuesta de Condiciones de Trabajo de Andalucía (2008)*.

- facilitar la adopción de programas específicos dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección.
- concesión de los incentivos que reglamentariamente se determinen, especialmente a las PYMES –artículo 5.3 LPRL–

A estos efectos, el régimen de subvenciones de la Junta de Andalucía para promover el cumplimiento "voluntario", más bien por el convencimiento de su

valor, de los deberes previstos, no obstante, como legalmente exigibles u obligatorios –utilización de determinados equipos de protección–. Así sucede, a título de ejemplo, con las sucesivas convocatorias anuales de subvenciones a microempresas y PYMEs que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, ya con carácter general al margen del sector de actividad de que se ya para ciertos sectores, como el de la construcción. Por lo que hace a los aspectos a incentivar, abarca desde la implantación de sistemas preventivos, así como el acogerse a auditorias preventivas, hasta la contratación directa de técnicos en prevención de riesgos laborales.

Entre las novedades de esta acción de incentivo más significativas, también para el progreso en materia de prevención de riesgos psicosociales, está la concesión de ayudas de hasta 12.000 euros y un 40 por ciento del total del proyecto, para las PYMEs que decidan implantar el sistema de gestión preventiva OSHAS 18001. Como es sabido, se trata de un certificado de calidad en materia de seguridad y salud en el trabajo que, como tal no es obligatorio, de ahí que se haya elegido la fórmula de incentivo o potestad de fomento. De este modo, se apuesta por reforzar el papel de la normalización en el progreso de la prevención de riesgos.

Sin entrar ahora a valorar esta opción, que toma partido en la polémica que, desde hace unos años, se viene manteniendo en el "mercado" de la prevención de los riesgos laborales y también en el de los sistemas de gestión, sobre las normas ISO en esta materia – en su día la norma ISO 18000, que no llegó a publicarse, y en un futuro próximo la ISO 26000, que parece será publicada en 2010-, sí sirve para evidenciar la voluntad autonómica de promover un enfoque preventivo más allá del tradicional. Y no sólo para las grandes empresas, sino también para la empresa menor, que es la que tiene mayor presencia en nuestra Comunidad.

Ahora bien, la presencia de los riesgos psicosociales en esta actividad de incentivo no es sólo indirecta o refleja, sino directa. En tal dirección, se contemplan Ayudas específicas para incorporar, en la Evaluación de Riesgos, también los riesgos psicosociales.

c) Las cláusulas socio-preventivas en la contratación pública

Hasta aquí la técnica más usada ha sido la de la subvención, pero no quiero dejar pasar la oportunidad para poner de relieve que existe otra vía de incentivo, quizás mucho más eficaz, tanto por su fuerza disuasoria, o de persuasión incluso, como por su estabilidad. Me refiero al recurso a las ya muy conocidas, pero poco practicadas, "cláusulas socio-preventivas" en la contratación pública –artículo 54 LPRL–. A este respecto, tanto la Estrategia Comunitaria como el Estatuto de Autonomía de contemplan esta posibilidad en el marco de los objetivos de la política social y económica, entre los que se sitúa, como se indicó, la prevención de riesgos laborales. La reciente Ley de Contratos del Sector

Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, profundiza en esta senda de la "compra pública socialmente orientada", que debería incluir también el fomento de la cultura preventiva, como sucede con otros objetivos sociales, tales como la estabilidad en el empleo, la inserción de los colectivos más vulnerables, o la igualdad entre sexos… Sin embargo, además de no tener un reflejo expreso –sino sólo tácito o indirecto– en el artículo 102 de la Ley 30/2007, nos encontramos con una doctrina administrativa de los órganos consultivos que niegan la posibilidad de acudir a estas cláusulas para fomentar el cumplimiento LPRL.

No es este el momento para poner de relieve lo errónea de esta práctica, como ya he indicado en otro lugar. Ahora sólo interesa evidenciar que no hay cláusulas de este tipo para el fomento específico de la prevención de riesgos psicosociales. No obstante, y en el marco de la llamada "responsabilidad social corporativa" –RSC–, que sin duda enlaza con el tema de las "cláusulas sociales", aunque ponga en juego otro paradigma regulador, sí que cabría dar un mayor juego a este enfoque preventivo.

La potestad premial.

Un modo de fomentar la sensibilidad social sobre estos temas es recurrir a los reconocimientos de premios y honores en este ámbito, tanto personales como empresariales –sello de calidad preventiva–. En este sentido, destaca la ORDEN de 20 de febrero de 2007, de la Consejería de Empleo, por la que se crean y regulan los Premios a la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía y se convocan los correspondientes a 2007. No obstante, este tipo de instrumentos tienen una larga tradición, pues se remonta a finales de los '80.

3.3.2. *La función de policía preventivo-laboral para progresar en la gestión de los riesgos psicosociales*

Dejando a un lado la potestad autorizadora o limitadora, que en este ámbito es difícil de analizar en la medida en que no hay datos suficientes para comprobar qué incidencia tiene en la misma las exigencias de que los servicios de prevención cuenten con técnicos especialistas en riesgos psicosociales –aunque las estadísticas sí ponen de relieve un significativo crecimiento de estos profesionales respecto de otros más clásicos, como los de higiene industrial, no así respecto de los de seguridad–, nos centramos ahora en la potestad de "policía preventivo-laboral". A este respecto, y sin perjuicio de la importancia creciente, como se ha indicado, de la potestad promocional y del sistema de reglas de progreso basado en el incentivo de la cultura preventiva, sigue siendo crucial la potestad de control del cumplimiento de las normas preventivas, así como el papel de influencia de la ITSS sobre la actitud empresarial.

En este sentido, por lo que hace a la labor de control y vigilancia, el órgano central sigue siendo, como se comentó, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A este respecto, entiendo que resulta relevante la Orden de 18 de octubre de 2000, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, por la que se publica el texto del Acuerdo Bilateral suscrito entre la Administración Andaluza y la Administración General del Estado, regulador de la Comisión Territorial en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía. Para situaciones específicas, cabe mencionar el Decreto 46/2000, de 7 de febrero, por el que se determinan las competencias y funciones que corresponden a los distintos órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, en relación con las medidas de control de riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas

En lo concerniente, a la potestad sancionadora propiamente dicha, desde los orígenes del ejercicio de las competencias autonómicas en esta materia se ha desplegado una importante labor normativa, aún en el marco, como es obvio, de la regulación reglamentaria que compete al Estado. En este sentido, significativo fue el Decreto 93/1997, de 13 de marzo, de la Consejería de Trabajo e Industria, por el que se designaban los órganos competentes para la instrucción de los procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social, y que hoy está derogado. Más recientemente, las competencias en esta materia, sobre todo por lo que refiere a la PRL, están, como se dijo, en el RD 118/2008 que al atribuir –artículo 7– la competencia a la Dirección General de Seguridad y Salud ha supuesto una modificación de la situación anterior, pues la competencia era ejercida con anterioridad por la Dirección General de Trabajo.

No ha desarrollado la Comunidad Autónoma, al menos hasta el momento, otras facultades que le concede la normativa, como el procedimiento de sanción especial para las AAPP, conforme a la posibilidad prevista por el artículo 45 LPRL, a diferencia de lo que han hecho otras. Como es sabido, la norma de de la AGE – RD 707/2002, 19 de julio– más actúa como freno a esta competencia preventiva que como un instrumento para facilitarla o llevarla a cabo. Recuérdese que las AAPP es un sector especialmente proclive para el desarrollo de riesgos psicosociales.

Tampoco existe, salvo lo que se dirá en el próximo apartado, una regulación específica que permita orientar la actuación inspectora y administrativa en general, como podía ser la participación de los técnicos habilitados para labores de control o de verificación, conforme a la nueva regulación legal y reglamentaria –artículo 9 LPRL–, en la dirección de enfatizar el cumplimiento preventivo de riesgos de origen psicosocial. A estos efectos, sabido es que la ITSS tiene una doble dependencia, de modo que orgánicamente depende del MTIN pero funcionalmente de la Comunidad, al menos en tanto no entre en vigor el

nuevo sistema previsto en el Estatuto de Autonomía, que reconoce también dependencia orgánica de la Junta. Por lo tanto, de inicio, la dinámica de la ITSS es análoga a la del resto de España, contando desde el año anterior con varios instrumentos dirigidos a facilitar la inclusión en el actuar de la ITSS de los riesgos psicosociales.

La inexistencia de datos estadísticos desagregados en esta materia impide, o dificulta, conocer cuál ha sido la real o efectiva atención de la ITSS de Andalucía a esta materia, ya sea en relación a la actividad de Requerimiento previo, a fin de que se incluyan tales riesgos en las Evaluaciones, ya en las Actas de Infracción, por no atenderlo o por incumplir las obligaciones empresariales en materia de prevención del estrés laboral y/o del acoso. En todo caso, lo que sí es cierto, es que la actuación de la ITSS en Andalucía se ha centrado básicamente en relación al acoso moral, dejando en un segundo plano el tema del estrés laboral, y que su actuación ha sido, a denuncia y no mediante campaña previa o actuación programada, enfocando la actuación, como se dijo, en el plano de las infracciones por lesión de la dignidad del trabajador.

Es evidente que en este ámbito, y a diferencia de lo que sucede en la analizada potestad de promoción, el margen de mejora es muy notable. A este respecto, conviene tener en cuenta que, con el mismo marco regulador, en otras CCAA sí se han promovido actuaciones desde la LPRL para enfrentar los riesgos psicosociales, en especial en el País Vasco. Asimismo, también algunas CCAA han promovido el que se realicen Campañas orientadas a requerir la inclusión de estos riesgos en la gestión preventiva de las empresas. Otras CCAA, además, han desplegado actuaciones dirigidas a fomentar el proceso de oficio, facilitando la defensa de la víctima.

4. NUEVAS PERSPECTIVAS DE PROGRESO EN LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA POLÍTICA ANDALUZA

Como acaba de indicarse, el espacio para la mejora de la política andaluza en el progreso de la PRL en general y de los riesgos psicosociales en particular es amplio. De ello son conscientes tanto los poderes públicos como los interlocutores sociales. Por eso, pueden identificarse algunas líneas de actuación que anuncian cambios en la senda de progreso indicada. Sin poder ahora hacer un análisis detenido, como merecería, sí deben quedar, al menos, apuntadas.

En este sentido, la nueva Estrategia Andaluza, para los años 2009-2013, hace especial hincapié en avanzar en la prevención de los riesgos emergentes. Aunque aún está pendiente de aprobación, son significativas las medidas que se anuncian en aquella dirección.

Por su parte, y en el marco de la renovada posición de la ITSS con el comentado CT 69/2009, la ITSS de Andalucía ha decidido promover un cambio importante en esta materia pasando de las actuaciones a denuncia a la acción programada. A tal fin, se ha diseñado un Plan especial para llevar a cabo 160 visitas a empresas, a repartir entre las distintas provincias de la Comunidad –20 por provincia–, a fin de verificar la inclusión en sus acciones preventivas de los riesgos psicosociales. Aunque la puesta en marcha de esta Campaña de Sensibilización y Promoción preventiva en materia de riesgos psicosociales no es fácil de articular, sí que representa una experiencia de gran alcance para tratar de cambiar la actitud empresarial al respecto.

Asimismo, y para finalizar, queda claro que la creación del IAPR y su puesta en funcionamiento servirá de revulsivo para fomentar estos enfoques en las políticas preventivas de empresas y AAPP. La consolidación y desarrollo de la Red de laboratorios-observatorios facilitará el que los actores de la PRL tengan en todo momento los instrumentos necesarios para abordar esta cuestión, ya sea de un modo unilateral –mediante políticas de empresas–, ya bilateral –mediante acuerdos–. La elaboración de un catálogo de buenas prácticas también facilitará esta laboral.

En todo caso, es evidente que el mayor margen de acción vendrá de la mano de una mayor presencia en los convenios colectivos de Andalucía de cláusulas relativas a la prevención de riesgos psicosociales. Como ya se dijo, ésta es realmente la principal asignatura pendiente de nuestro marco regulador y de acción promocional. Sin una decida vocación de acuerdo por los interlocutores sociales, las políticas de promoción quedarán significativamente mermadas en su eficacia.

5. **REFLEXIÓN FINAL**

Entre los múltiples temas que quedan por abordar, con la debida seriedad y rigor, a menudo ausentes, respecto de a problemática de los riesgos psicosociales, uno de ellos es el papel que pueden asumir las Comunidades Autónomas, a fin de crear un marco de acción promocional adecuada para garantizar que el sistema regulador sea, respecto de ellos, una realidad práctica[4]. Desde esta perspectiva, y sobre la base de distintos instrumentos jurídicos internacionales, comunitarios y estatales que avalan la necesidad de una mayor implica-

[4] En este sentido, Pedrosa Alquezar, Sonia Isabel. "*Del conocimiento a la acción: implicación de las CCAA en la prevención de riesgos psicosociales*". En El Observatorio de Riesgos Psicosociales, Revista Científico-Técnica, n.1, páginas 42 y sgs.

ción en la prevención de riesgos psicosociales de las CCAA, es evidente que la plena articulación tanto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Andaluza, como de la Estrategia Andaluza de Seguridad y Salud en el Trabajo, abren un nuevo horizonte muy prometedor para hacer de la política andaluza a tal fin un auténtico paradigma de cómo el Autogobierno, aún con las limitaciones de tipo regulador, puede ser una auténtica vía de progreso para avanzar en PRL, dando un nuevo impulso a los nuevos enfoques preventivos y convirtiéndose en una referencia a nivel estatal, y, por qué no, internacional.

Los instrumentos básicos ya están diseñados y los principales pasos ya están dados. Ahora es la hora de que todos los sujetos concernidos asuman sus concretas responsabilidades, sin esperar a que un nuevo "Mesías" nos ofrezca luz al respecto –una eventual reforma legislativa–, y sin desplazar, como es frecuente, las "culpas" por los problemas de deficiencias a los demás. Lo que se precisa es que todos estén a la altura de sus responsabilidades, mutando las normas, que existen, en prácticas.

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE DE GÉNERO EN ANDALUCÍA

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO **Palabras Clave: Género, Salud Laboral**

Tras los avances legislativos hacia la igualdad efectiva entre mujeres y hombres operados a nivel estatal y en Andalucía en los últimos tiempos, se ha hecho más patente la necesidad de introducir un enfoque de género en las políticas preventivas. Pese a que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sigue anclada de forma casi exclusiva en una tutela específica de la trabajadora que gira sobre la maternidad, aspecto que obviamente no debe minusvalorarse, hemos de avanzar hacia el logro de una garantía "integral" de la salud de la mujer, planteamiento avalado por razones tanto de tipo biológico como social y laboral.

Un recorrido por las actuaciones puestas en marcha en este terreno en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, en el contexto de las apuestas ya avanzadas a nivel comunitario y nacional, arroja un resultado desalentador: queda aún un arduo camino por recorrer. Aunque han de ser bien acogidas las iniciativas emprendidas, en especial algunas de ámbito sectorial, en líneas generales lamentablemente todavía nos movemos más en el terreno de las declaraciones de intenciones y los principios generales que en el de las medidas concretas y pragmáticas. Se echan en falta acciones encaminadas a combatir algunos riesgos específicos que afectan en mayor medida o de diverso modo a las mujeres trabajadoras, carencias que resultan aún más notorias en el ámbito empresarial.

ABSTRACT **Key Words: Gender, Occupational Health**

After the legislative advances made towards effective gender equality at state level and in Andalusia in the last few years, the need to introduce a gender approach in preventive policy becomes more obvious. Despite the fact that the Law on Occupational Risk Prevention continues to be almost exclusively anchored in a specific tutelage of female workers with regard to maternity, an aspect which obviously can not be underestimated, we must advance in the achievement of an "integral" guarantee of women's health, an approach based on both biological and social and labour reasons.

A course through the activities started in this field in our Autonomous Community, in the context of commitments made at European and national level, provides a disheartening result: there is still an arduous road ahead. Although the initiatives started must be welcomed, especially certain initiatives at sectoral level, sadly we are still moving in the sphere of declarations of intentions and general principles rather than in specific and pragmatic measures. Actions are missing that are aimed at fighting certain specific risks that affect women workers to a greater extent or in a different way, shortfalls which are clearer still in the sphere of undertakings.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA TUTELA DE LA SALUD DE LA MUJER MÁS ALLÁ DE LA MATERNIDAD: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD
   2.1. Necesidad de un enfoque global
   2.2. Riesgos con especial incidencia: el acoso y otros factores psicosociales
3. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL NIVEL ESTATAL
   3.1. La Ley de igualdad: tímidos pero relevantes avances
   3.2. La Estrategia Española: un panorama desalentador
   3.3. Un notable salto cualitativo: el Plan Estratégico (2008-2011)
4. GÉNERO Y SALUD LABORAL EN LA POLÍTICA PREVENTIVA ANDALUZA
   4.1. La Ley Andaluza de Igualdad
   4.2. El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía y el VI Acuerdo de Concertación Social
   4.3. El I Plan Andaluz de Salud Laboral y Prevención de Riesgos Laborales del personal docente de los centros públicos dependientes de la Consejería de Educación (2006-2010)
5. REFLEXIONES FINALES: APUNTES SOBRE EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PREVENTIVAS A NIVEL DE EMPRESA
   5.1. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: los principios de adaptación y adecuación
   5.2. El enfoque de género desde el mismo momento de concepción del sistema preventivo: evaluación de riesgos y planificación
   5.3. El papel de los agentes sociales

1. INTRODUCCIÓN

Aun cuando estamos ante un tema en cierto modo olvidado o minusvalorado en los ámbitos tanto científico como práctico, en los últimos tiempos se aprecia un nuevo resurgir del interés por la necesidad de reflejar las diferencias tanto biológicas como sociales y las inherentes al propio desarrollo del trabajo por cuenta ajena, basadas en la condición femenina, en las políticas de prevención de riesgos laborales. Planteamiento que iría ligado de manera indisoluble a la ejecución de una actuación preventiva centrada en los principios de eficacia y adecuación, como dimana con claridad de nuestro actual marco normativo en la materia.

La LPRL[1] se limita a garantizar a la trabajadora una protección centrada de forma exclusiva en la tutela específica que requiere en aquellos momentos de especial sensibilidad a los riesgos vinculados a su estado de embarazo, parto y puerperio, pero ahora se suscita la necesidad de un cambio de óptica que refleje

[1] Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre).

otros aspectos que repercuten en la salud de la mujer en la puesta en marcha de las políticas preventivas. Con el planteamiento esbozado, la LPRL, a nuestro juicio con buen criterio, venía a desterrar los viejos fantasmas del pasado, en forma de prohibiciones, exclusiones y restricciones[2], sin más, a la actividad laboral de la mujer con la intención de sustituirlos por una tutela específica, más intensiva, que girara en torno a la maternidad. Esta premisa, y la definitiva separación de la protección de la trabajadora respecto a la de los menores supuso, sin lugar a dudas, un importante avance y un salto cualitativo que es necesario resaltar. Pasamos, por tanto, con la LPRL de una normativa que prohibía de forma absoluta a la mujer la realización de determinadas actividades laborales a una tutela centrada en el concreto momento de la gestación, el parto y la lactancia. Ahora bien, una mirada retrospectiva nos hace darnos cuenta de que en aquel momento primó la necesidad de "librar" a la trabajadora del lastre arrastrado históricamente de ser considerada un sujeto especialmente débil, que adolecía de escasa capacidad, al que había de excluir indiscriminadamente y sin mayores matizaciones de determinadas actividades. Por ello quizás fuimos poco críticos y escasamente exigentes con las previsiones legales. Ahora, sin embargo, aquella concepción empieza a parecernos algo timorata y limitada puesto que la salud de la trabajadora demanda, sin lugar a dudas, algo más.

No debemos olvidar que ya el TC había tenido que enfrentarse a esta cuestión y había estimado inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina contenida en el Decreto de 26 de julio de 1957. Ello llevó a la Sentencia 229/1992, 14 diciembre[3] a intentar equilibrar dos exigencias igualmente imperiosas: la de introducir determinadas diferencias basadas en el orden biológico natural y la de no incluir trabas que pudieran afectar a la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. Así, la tutela parecía quedar estrictamente constreñida a la maternidad en aras a la igualdad[4]. Para el Alto Tribunal

[2] Puede verse, Valdés Dal-Re, "La legislación obrera industrial sobre las mujeres (1900-1931) entre la protección y la restricción", RL nº 1, 2009, pp. 1 ss. No obstante, desde épocas tempranas a las mismas se acompaña el reconocimiento de determinados derechos específicos, algunos de los cuales se mantienen hasta nuestros días, vid. Montoya Melgar, A., "Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales", AS nº 13, 2000, BIB 2000/1506, p. 3.

[3] RTC 1992/229.

[4] La doctrina vino a defender que con la consagración constitucional del principio de igualdad y no discriminación… toda norma protectora de la mujer "salvo las impuestas por la maternidad" debe desaparecer, Alonso Olea, M., "El trabajo de la mujer", RMTAS nº 13, 1998, p. 109; también López Rubia, E., "Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", TS nº 115, 2000, pp. 29 ss. Destacan cierto resquemor al exceso de protección de la maternidad que puede originar efectos discriminatorios indeseados para la trabajadora Moreno Gené, J., Romero Burillo, A.M. y Pardell Vea, A., "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", AS nº 15, 1997, p. 479.

aunque no son contrarias a la Constitución las disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, en otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. A mayor abundamiento, viene a estimar que "el mandato de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE… exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una visión sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo".

Seguramente este rígido planteamiento y esta "desconfianza" de la que hacía gala el Tribunal han contribuido a un enfoque intencionadamente "neutro" de la prevención de riesgos laborales, pero en la práctica, es una neutralidad más aparente que real. De hecho, tampoco cabe ignorar que el Derecho del Trabajo tuvo, desde sus inicios, un claro sesgo de género (masculino) y desarrolló buena parte de su cuerpo doctrinal teniendo como figura central… a un trabajador masculino, del sector industrial, a tiempo pleno…, responsable del mantenimiento económico de una familia[5]. Y este mismo planteamiento late en la prevención de riesgos laborales, gobernada por la "neutralidad" en cuanto al género, pero que tiene un referente implícito que es masculino. La propia investigación y los estudios en la materia han sido normalmente en clave masculina, con la consiguiente invisibilización de las diferencias, los riesgos específicos y las necesidades de las mujeres[6].

[5] Casas Baamonde, M.E., "Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo", RL 1998-I, pp. 90 ss.

[6] Vogel, L., "La dimensión de género en salud laboral. Primeras conclusiones de una encuesta europea", en http://ugt.es/slaboral/documentos/informes/doc2.pdf, p.1. También se ha criticado que los equipos de protección están pensados para hombres o que los umbrales de tolerancia a sustancias químicas han sido definidos a partir de estudios y pruebas basados sólo en cohortes masculinas, Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva", López López, J. (Coord.), Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, integración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'antona, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 188; Delgado Páez, D.L. y Rodríguez Ortiz de Salazar, B., "Riesgos laborales desde la perspectiva de género: revisión de la literatura", Revista Medicina y Seguridad del Trabajo, nº 202, marzo 2006, p. 48. Puede verse la nota informativa nº 42 de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo "Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el Trabajo. Resumen de un informe de la Agencia", http://agency.osha.eu.int, donde se afirma que "La adopción de un enfoque de género neutral en las estrategias y la legislación ha llevado a disminuir la atención y los recursos dirigidos a los riesgos laborales de la mujer y su prevención". La versión íntegra del documento ("Gender issues in safety and health at work. A review"), en http://osha.europa.eu//publications/reports/209/index.htm?set_language=en.

Este punto de partida algo desenfocado y a día de hoy claramente insuficiente debe ser evidentemente superado. A resultas de todo lo anterior, próximos a alcanzar los quince años de vigencia de la norma legal, y a pesar del tortuoso camino para su eficaz aplicación, debe avanzarse hacia la búsqueda de una tutela "integral" de la mujer[7] en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Lógicamente, sin bajar la guardia en relación con la tutela de la maternidad, situación que, como es bien sabido, condiciona de modo importante la vida laboral y la carrera profesional de las trabajadoras[8]. En este ámbito concreto, a pesar de haberse logrado un nivel de tutela aceptable, quedan aún aspectos por implementar, ahora quizás más en relación con la salud reproductiva o los diversos efectos de distinto orden dimanantes del recurso a técnicas de reproducción asistida, a las que la mujer se ve obligada a acudir con mayor asiduidad por distintos factores concurrentes que a ninguno nos escapan.

Ahora bien, qué duda cabe que en el trayecto hacia un cambio de óptica en la salud laboral de la mujer, van a hacer su aparición importantes escollos para lograr el necesario y correcto equilibrio entre protección "diferenciada" y no discriminación, a lo que se une la necesidad de evitar el indeseado y tan temido efecto boomerang. El interés de esta materia y su relativa novedad nos lleva a desdeñar el tratamiento de la tutela de la trabajadora embarazada, profusamente abordado por la doctrina[9], para centrar la atención en otros aspectos atinentes a la salud laboral de la mujer.

Un paso importante en este terreno, aun cuando todavía algo tímido, viene de la mano de la LOI[10], que además de colmar las últimas lagunas de transposición en la protección de la lactancia, viene a poner la primera piedra a nivel

[7] Pedrosa Alquézar, S.I., "La salud integral de la mujer trabajadora: carencia de una efectiva protección", http://wzar.unizar.es/siem/artículos/Premios/salud.pdf.

[8] vid., Fernández López, M.F., "Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada", TL nº 79, 2005, pp. 11 ss.

[9] Entre otros, López López, J., "Salud laboral y protección por maternidad", en López López, J. (Coord.), Nuevos escenarios para el derecho del trabajo…, op. cit., pp. 69 ss; Lousada Arochena, J.F., "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", AL nº 38, 1998; "El riesgo durante el embarazo" (I) y (II), AL nº 27, 2001, pp. 561 ss y 583 ss; Mella Mendez, L., "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social", AS 1999-V, pp. 1211 ss; Moreno Gené, J. et altri, "La protección de la maternidad…, op. cit., pp. 477 ss; Muñoz Moltó, F.M. y García García, "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", TS nº 74, 1997, pp. 41 ss; Nores Torres, L.E., "Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", AL 1998-I, pp. 301 ss; Pérez Campos, A.I., "Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención", Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XL (2007), pp. 195 ss.

[10] LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo).

interno para una concepción de la prevención de riesgos en la que el sexo[11] sea también tenido en cuenta a la hora de poner en marcha el complejo sistema de prevención de riesgos laborales en las empresas. No estamos más que ante un tímido reflejo de las tendencias europeas, en la medida en que la Unión aparece cada día más preocupada por la necesidad de valorar los factores diferenciales del hombre y la mujer también en el ámbito que ahora nos ocupa. Asimismo, aun cuando casi de puntillas, y sin darle el necesario y deseable espaldarazo definitivo, cierta referencia puede hallarse en la LOI a la necesidad de arbitrar una concepción, avanzada tanto por la jurisprudencia como por un sector doctrinal[12], del acoso sexual y por razón de sexo como riesgo laboral que, por tanto, el empresario viene obligado a evitar, evaluar y controlar. Aspecto que cobra una especial trascendencia si tenemos en cuenta que estadísticamente parece quedar acreditado que afecta de manera particular a las mujeres[13].

Por tanto, sentada esta premisa de partida, donde se vislumbra con meridiana claridad la necesidad de un enfoque diversificado de situaciones que son claramente distintas (la del hombre y la mujer) en el mundo del trabajo y su fiel reflejo en el campo de la salud laboral, vamos a centrar de modo especial la atención en las actuaciones específicas puestas en marcha en este ámbito en nuestra Comunidad Autónoma. Actuaciones que demuestran que estamos todavía en un terreno donde aún queda mucho camino por recorrer.

[11] Sobre las diferencias entre los términos sexo y género, las connotaciones culturales que este último añade y la conveniencia de su uso, aspecto en los que no hemos de entrar, nos permitimos remitirnos a Pérez del Río, T., "La Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate", RDS nº 37, 2007, pp. 224-5. A estas alturas no es dudoso que el sexo es un factor determinante clave de la salud, así se subraya la necesidad de aumentar esta conciencia entre la población en general y entre los profesionales sanitarios en el punto 6 de las Conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02) (DOUE C 146/4, de 22.06.2006). También se invita a los Estados Miembros (punto 20) a fomentar la salud y prevenir la enfermedad teniendo en cuenta, cuando proceda, las diferencias entre los sexos. En el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres [COM (2006) 92 final] se destaca que es preciso investigar más la dimensión de género en el ámbito de la salud. Vid. también el art. 27 LOI.

[12] Por todos, Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F., "El acoso sexual como riesgo laboral [Comentario a la STSJ Galicia 24 enero 2000 (AS 2000,60]", AS nº 1/2000, pp. 30 ss [BIB 2000/154].

[13] In extenso, vid. Vallejo Dacosta, R., "El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", RL nº 5, 2007, pp. 15 ss.

2. LA TUTELA DE LA SALUD DE LA MUJER MÁS ALLÁ DE LA MATERNIDAD: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD

2.1. Necesidad de un enfoque global

Tal y como ha quedado señalado en la introducción, estamos ante una temática que hasta la fecha ha recibido escasa atención por parte del legislador y que no ha figurado entre los temas prioritarios en el interés de la doctrina, aun cuando, lógicamente, no faltan interesantes aproximaciones desde esta perspectiva[14].

En el ámbito de la Unión Europea, aunque las actuaciones normativas tampoco han sido excesivamente frecuentes, sí se ha despertado cierto entusiasmo por este enfoque[15], que vendría caracterizado por un entendimiento más global[16] de la seguridad y salud de la trabajadora, más allá de la tutela reproductiva, ciertamente necesario y que ha de favorecer una mayor eficacia de las políticas preventivas.

En este camino, es de destacar la Estrategia Comunitaria de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006)[17] que de forma expresa ponía de manifiesto la necesidad de tomar en consideración los cambios producidos en la composición de la población activa como consecuencia, entre otros factores, de la feminización del mercado de trabajo así como la incidencia de estos factores en cuanto a la evaluación y prevención de riesgos de accidentes y de enfermedades[18].

[14] Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer…", op. cit., pp. 179 ss; Delgado Páez, D.L. y Rodríguez Ortiz de Salazar, B., "Riesgos laborales desde la perspectiva…", op. cit., pp. 47 ss, Gil Pérez, M.E., "Mujer y salud laboral", en Ruiz Pérez E. (Coord.), Mujer y Trabajo, Bomarzo, 2003, pp. 129 ss; Llano Sánchez, M., "Prevención de riesgos laborales: una mirada desde el enfoque de género", DL nº 82, 2008, pp. 107 ss; Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, A., Mujer y salud laboral, La Ley-Actualidad, 1999; Rivas Vallejo, P., "Género y salud: perspectiva jurídico-social", TS nº 200-201, 2007, pp. 29 ss; Sánchez-Urán Azaña, Y., "Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional", RMTAS nº 53, 2004, pp. 149 ss.

[15] Vogel, L., "La dimensión de género en salud laboral…", op. cit., pp. 1 ss.

[16] En esta línea, entre otros, López López, J., "Salud laboral y protección…", op. cit., p. 90. Sobre algunos aspectos de la protección de la mujer en la política comunitaria puede verse el capítulo VIII (política de salud laboral y el trabajo femenino) de la obra de Castellano Burguillo, E., Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para fomentar la Igualdad de Género, CES-A, Sevilla, 2008, pp. 231 ss.

[17] Comunicación de la Comisión "Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad" (2002-2006), Bruselas 11.03.2002, COM (2002), 118 final.

[18] Otros aspectos de cierta trascendencia en la estrategia residen en la "necesidad de mejorar la comprensión de los factores humanos y de conducta para traducir mejor el conocimiento de los riesgos y de la prevención de acciones concretas", en lo que sin duda juegan importantes diferencias por razón de sexo y la de "reforzar, mediante la cooperación, los vínculos entre la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad y la estrategia en materia de salud pública".

Tendencia en la que profundiza la actual Estrategia (2007-2010) que por un lado viene a reflejar la ineludible conexión entre lucha por la igualdad y mejora de la salud laboral y la calidad de la vida profesional[19] y, por otro, a considerar que la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, en muchos casos acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral[20]. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres (punto 2).

A fin de avanzar por este terreno, donde aún queda un arduo camino por recorrer, se pide a la Agencia Europea que, a través de su observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de seguridad y salud, una mayor integración de las mujeres… en el mercado laboral. Se considera que dicho análisis facilitará la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos así como de las medidas indispensables.

A fin de cuentas, la Estrategia viene a consagrar lo que podríamos denominar como el principio de "especificidad" por razón de sexo en las políticas preventivas. Esto es, la necesidad de huir de una neutralidad mal entendida, a la que hicimos sucinta referencia *supra*, que ha desembocado en una homogeneidad a ultranza y a minusvalorar o despreciar la diversidad, para insistir en la valoración particularizada de posibles factores de riesgos que afectan de mayor modo o simplemente de forma diferenciada a hombres y mujeres. Resulta preciso llamar la atención sobre el dato, que resulta bien notorio, de que las diferencias no son sólo biológicas[21] o corporales, sino además de roles sociales,

[19] "Si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres. Las desigualdades, tanto dentro como fuera del mundo laboral, pueden afectar a la salud y seguridad de las mujeres en el trabajo y, en consecuencia, influir en su productividad. Sin embrago, también ha de prestarse toda la atención necesaria a las cuestiones específicas relativas a la salud y la seguridad de los hombres en el trabajo" (punto 1).

[20] Las diferencias todavía persistentes en el mundo laboral entre mujeres y hombres y las mayores barreras para las mujeres se reflejan en muchos documentos europeos, por todos, vid. "Mind the gap – Women's and men's quality of work and employment", EESC/Labour Market Observatory meeting on 'Women's access to the labour market', 29 abril 2008, European Foundation for the improvement of Living and Working Conditions,

http:/www.eurofund.europaeu/pubdocs/2008/39/en/1/ef0839en.pdf. También resulta interesante la consulta del estudio de Cebrián López, I. y Moreno Raymundo, G., "El empleo femenino en el Mercado de trabajo en España", TL nº 91, 2007, pp. 35 ss.

[21] Por poner sólo un ejemplo, son frecuentes en las trabajadoras los trastornos o alteraciones del ciclo menstrual cuya etiología laboral muchas veces se desconoce aunque en otras queda más que demostrada su relación con situaciones laborales, como el estrés o el acoso, vid. García Trascasas, A., "Vulneración del derecho a la integridad física y moral por acoso psicológico descendente e indemnización por daños materiales y morales" (STSJ Madrid 20 febrero 2006, JUR 2006, 127750), AS nº 9, octubre 2006, p. 37.

así como de las concretas tareas desempeñadas, el puesto de trabajo y las específicas condiciones (normalmente peyorativas respecto al hombre) en que la prestación laboral se desenvuelve. Y ello, sin duda, empieza también a ser acogido de modo favorable por otros autores, hasta el punto de considerarse que "es interesante que, definitivamente, se amplíe la concepción protectora de la salud laboral de las mujeres, que hasta ahora sólo ha girado en torno a la salud reproductiva –embarazo, puerperio y lactancia- hacia otros derroteros que forman parte también de la realidad y en la actualidad viven en la invisibilidad de los riesgos profesionales estrictamente femeninos"[22].

En esta propuesta, y estamos ante una lucha incesante, factor trascendental lo constituye la necesidad de erradicar las constantes y palpables discriminaciones en el mundo laboral que repercuten de forma indudable en la salud y seguridad de las trabajadoras, pero, entretanto, habrá que poner los medios necesarios (evitación, evaluación, disminución y control) para que tales factores no incidan negativamente en el derecho de la trabajadora a su salud, integridad física y moral.

En puridad, por tanto, no estamos, visión que ha de ser desterrada, ante una cuestión cuantitativa, no estamos hablando de una "mayor" o "menor" protección, ni de defensa a ultranza de una férrea "igualdad" en la tutela, sino de una cuestión de "adecuación", de "especificidad" y de "eficacia", de adopción de aquellas medidas necesarias y adecuadas a la vista de las situaciones concretas a que nos enfrentamos también, lógicamente, a las especificidades marcadas por el sexo de la persona y las consiguientes divergencias en las condiciones laborales que van a determinar una diferente propensión a verse afectados por determinados riesgos laborales.

2.2. **Riesgos con especial incidencia: el acoso y otros factores psicosociales**

Del examen de determinados estudios, investigaciones, documentos y otros datos de interés, es fácil extraer algunas conclusiones más o menos genéricamente aceptadas que han de servirnos como punto de partida. Por un lado, y sobre la base de datos estadísticos, suele concluirse que en los trabajos mayoritariamente desempeñados por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos de elevado peso, en definitiva, los accidentes de trabajo[23]. Téngase en cuenta que los hombres constituyen la

[22] Mora Cabello de Alba, L., "La salud laboral en un mundo declinado en masculino: el acoso por razón de sexo", RDS nº 42, 2008, p. 106. Sobre la novedad que suponen estas previsiones también Llano Sánchez, M., "Prevención de riesgos laborales…", op. cit., p. 111.

[23] Delgado Páez, D. y Rodríguez Ortiz de Salazar, B., "Riesgos laborales desde la perspectiva…", op. cit., p. 52.

mayoría de la mano de obra en sectores como la construcción, electricidad, transportes y comunicaciones, fábricas y agricultura, según se desprenden con claridad de las sucesivas encuestas de condiciones de trabajo[24]. Por el contrario, los trabajos feminizados (en especial en sectores como educación, salud y otros servicios sociales y personales a la comunidad) se caracterizan por presentar especialmente riesgos ergonómicos y psicosociales[25]. Ello provoca la existencia de una serie de temas específicos objeto de mayor preocupación en relación con la salud laboral de las mujeres, no tanto por ser exclusivos de éstas sino por su preponderante incidencia sobre el colectivo femenino.

En esta línea, la integración expresa a nivel legislativo del acoso (sexual y por razón de sexo, aunque debería hacerse extensible a todo género de acoso o violencia[26]) en el campo de la salud laboral realizada por la LOI, a la que nos referiremos con mayor detalle *infra,* debería servir como acicate para abrir definitivamente la senda a una mayor atención y una decidida actuación en relación con el problema de los llamados riesgos laborales emergentes, en concreto, los de tipo psicosocial que se actualizan cada vez con mayor frecuencia, donde, entre otros destacados como el estrés, el *burn-out* y los trastornos ansioso-depresivos, se incluirían los anteriores.

Sentado lo anterior, que seguramente aconsejaría una intervención legislativa específica en un futuro próximo, resulta patente, pese al clamoroso silencio que guardan la LPRL y la LOI[27] en este punto, que la tutela preventiva de esta clase de riesgos puede extraerse sin demasiadas dificultades de la amplia obligación general de seguridad impuesta al empresario ex art. 14 y concordantes del primer texto legal. Y ello porque sobre el empresario recae la obligación de evitar, evaluar, disminuir y controlar todo tipo de riesgos relacionados con el trabajo y adoptar todas las medidas preventivas que resulten necesarias. El

[24] Por todos, vid. el documento "Mind the gap…", op. Cit., p. 3.

[25] NTP 657 (INSHT): Los trastornos músculo esqueléticos de las mujeres, op. cit., p. 3. En la misma línea, Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer…", op. cit., p. 184; Pérez del Río, T., "Diálogo social, negociación colectiva y género", en Rodríguez-Piñero Royo (Dir.), Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: Balance y perspectivas para un nuevo Estatuto. XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-Mergablum, Sevilla, 2006, p. 465. vid. También sobre los riesgos específicos de las mujeres y las patologías más feminizadas el trabajo de Rivas Vallejo, P., "Género y salud…", op. cit., en especial, pp. 30 ss.

[26] Sobre este tema, vid. Rogers, K.A. y Chappell, D., Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo, MTAS, Colección informes OIT, núm. 68, Madrid, 2004.

[27] Para Vallejo Dacosta, R., "El acoso sexual y el acoso…", op. cit., p. 29, aunque el Proyecto de Ley (LOI) trata de eludir la consideración del acoso sexual y por razón de sexo como un riesgo profesional y por tanto tutelable a partir del marco normativo de la PRL, la necesaria conexión con esta última norma deviene imprescindible, tal como se viene entendiendo en el ámbito jurisprudencial y judicial.

cumplimiento de esta obligación reclama la realización de una evaluación de riesgos omnicomprensiva, que incluya todas las condiciones de trabajo entre las que se incluyen, a tenor del art. 4.7 d) LPRL, "todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador"[28]. Referencia de la que se extrae la obligación de un análisis y una valoración de riesgos que incluya naturalmente los de tipo psicosocial, que viene siendo asumida por algunos pronunciamientos judiciales[29] y reclamada constantemente por la doctrina que se ha ocupado de esta temática[30]. Tampoco cabe olvidar que el RSP reconoce entre las disciplinas o áreas específicas de la organización preventiva a la ergonomía y psicosociología aplicada, lo que demuestra la relevancia de esta temática.

Ahora bien, sin duda, los campos donde se requiere un mayor avance son los de la investigación científica, la adecuada formación de los técnicos y la elaboración de guías, notas técnicas[31] y orientaciones que aborden de modo especial esta problemática y que puedan ayudar a su efectiva implantación en las empresas. Y ello porque el mayor escollo en la práctica aplicativa es que las medidas preventivas relativas a este tipo de riesgos poco o nada tienen que ver con las tradicionales al uso mucho más centradas en la seguridad en el trabajo,

[28] La centralidad de este precepto en el campo que nos ocupa es resaltada por la doctrina, Cubo Mayo, A. Y Pérez-Bustamante Mourier, J.P., "El derecho a la dignidad en el ámbito laboral. Acoso en el trabajo: moral y sexual (estudio jurídico, situación actual y perspectivas). La prevención de los riesgos psicosociales: medidas preventivas. El papel de la Inspección de Trabajo". RL 2006-I, p. 1385; Delgado Páez, D.L. y Rodríguez Ortiz de Salazar, B., "Riesgos laborales desde la perspectiva…", op. cit., p. 57.

[29] Entre otras, SSTSJ Madrid 5 y 31 octubre 2005 (AS 2555 y 2006/725). La STSJ Cataluña 9 noviembre 2005 (AS 2006/387) afirma que "Obviamente, sobre la empresa recae un deber de tutela frente a este tipo de peligros… Y esta protección puede y debe llevarse a cabo por cuantos medios se encuentren al alcance de la empresa, y que resulten más idóneos a la naturaleza de los riesgos".

[30] Cavas Martínez, F., "Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales", AS nº 18, 2005, BIB 2005/2644, pp. 1 ss; Martín Chaparro, M.P., Vera Martínez, J.J., Cano Lozano, M.C. y Molina Navarrete, C., "Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al "*burn out*" en clave psicosocial", TL nº 75, 2004, pp. 187 ss; Cubo Mayo, A. y Pérez Bustamante Mourier, J.P., "El derecho a la dignidad…", op.cit., p. 1383. La obligación preventiva en relación al mobbing en Agra Viforcos, B., Fernández Fernández, R. y Tascón López, R., La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo, Laborum, Murcia, 2004, pp. 121 ss; Ces García, E.M., "El mobbing, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002", RMTAS nº 37, 2002, pp. 205 ss; Gorelli Hernández, J. y Gómez Alvárez, T., "El acoso moral: perspectivas jurídico-laborales", RGDTSS nº, en http://www.iustel.com, pp. 9 y 11 ss.

[31] Puede verse NTP 443 (INSHT): Factores psicosociales: metodología de evaluación, http://mtas.es/insht/ntp/ntp_443.htm.

en la lucha contra el accidente de trabajo y en la higiene industrial. Estos riesgos "emergentes" demandan, obviamente, unas nuevas actuaciones que atiendan de modo especial a la organización del trabajo en todos sus aspectos, aunque sin dejar atrás medidas generales como la formación y la información. En el caso concreto del acoso y la violencia, la toma de conciencia de la magnitud del problema y la necesidad de abolir esta lacra social, especialmente cuando la víctima es la trabajadora por su condición de mujer, en todos los niveles jerárquicos de la empresa e, incluso, en la sociedad en su conjunto. Tarea ésta del necesario incremento de la cultura preventiva que está resultando especialmente ardua y estéril dentro de nuestras fronteras.

A nivel comunitario, la prevención de los riesgos psicosociales ha recibido algo más de atención que a nivel interno. Por citar sólo algunos ejemplos, encontramos una referencia a los mismos en la lista europea de enfermedades profesionales[32], aunque fuera del anexo, donde se alude a que los Estados Miembros promuevan la investigación en el ámbito de las enfermedades relacionadas con la actividad profesional, en especial para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo (art. 1.7).

La preocupación por esta cuestión se reflejó también claramente en la Estrategia Comunitaria de seguridad y salud (2002-2006) ya citada, puesto que uno de los puntos fuertes del programa venía constituido por la emergencia de nuevos riesgos, especialmente de carácter psicosocial (estrés, depresión, ansiedad, violencia en el trabajo, acoso e intimidación, entre otros) que requieren una prevención específica. Para ello se partía de la base de que su aparición no se debe tanto a la exposición a un riesgo específico como a un conjunto de factores (la organización del trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, las relaciones jerárquicas, la fatiga asociada al transporte y el grado de aceptación de la diversidad étnica y cultural en la empresa) que deben inscribirse dentro de un contexto global que la OIT define como "bienestar en el trabajo", en línea con el ya clásico entendimiento de la salud por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como bienestar físico, mental y social y no como simple ausencia de enfermedad. Hasta tal punto se considera relevante que la Comisión estima conveniente el estudio de una posible intervención normativa en este campo, aunque aún no se ha producido.

Insiste de nuevo en este aspecto, porque sigue siendo una importante asignatura pendiente, la nueva Estrategia (2007-2012) que considera que "algunos tipos de enfermedades profesionales están aumentando (trastornos osteomusculares y alteraciones derivadas de presiones psicológicas). La naturaleza de los

[32] Recomendación de la Comisión 2003/670/CE, 19 septiembre 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOUE 25 septiembre 2003).

riesgos profesionales cambia al ritmo del incremento de las innovaciones, del desarrollo de nuevos factores de riesgo (violencia en el trabajo, incluido el acoso moral y sexual, adicciones) y de la transformación del trabajo (vida profesional más fragmentada). Estos cambios exigen comprender mejor el fenómeno a través de una investigación especializada, con objeto de definir medidas de prevención eficaces (punto 2)".

Dado el carácter no vinculante de estos instrumentos, no estarían de más otras intervenciones en este ámbito, en tanto estamos ante un importante problema de salud laboral, escasamente atendido, situación de clara inseguridad jurídica que se perpetúa en el ámbito de la Seguridad Social, respecto al trabajador aquejado de alguna de las enfermedades o dolencias aparejadas a aquellos riesgos, si acaso subsanada por la labor de los Tribunales del orden social[33]. Baste ahora con señalar que en la vigente lista de enfermedades profesionales aprobada por RD 1299/2006, 10 noviembre[34], el legislador se ha "olvidado" de incluir cualquier referencia a este tipo de dolencias. Y ello porque el cuadro, aunque ajustado a la lista europea, se mantiene en un plano muy clásico, en el que las únicas novedades apreciables, sin ánimo de exhaustividad, son la inclusión de determinados trastornos músculo-esqueléticos y enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo o los nódulos en las cuerdas vocales a causa de esfuerzos sostenidos por la voz por motivos profesionales, algo especialmente reclamado desde colectivos, por ejemplo, como el de profesores. Se aprecia en el cuadro de enfermedades un excesivo apego a la "industria", a los procesos industriales, a los elementos y sustancias que, lógicamente, tienen una notable importancia en este ámbito, pero se prescinde de otros procesos productivos, de innumerables actividades en el ámbito de los servicios, y de las dolencias relacionadas con la organización y la carga del trabajo, entre otras. Muchas de ellas de especial incidencia en el colectivo de mujeres, al tratarse de sectores con un alto grado de presencia femenina. A mayor abundamiento, existe un mutismo absoluto en relación con cualquier tipo de enfermedad de tipo psicológico o psicosomático que no se contemplan, ni siquiera, en el anexo 2 (o lista complementaria, que recoge enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro).

[33] Por todas, SSTSJ Navarra 30 abril, 18 mayo y 15 junio 2001 (AS 1878 y 1821 y JUR 230916); Andalucía (Granada) 27 enero 2004 (JUR 80894); Principado de Asturias 19 marzo 2004 (JUR 127848). In extenso, entre otros, Rivas Vallejo, P., "Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional", en Agustí Juliá, J. (Dir), Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2004, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 239 ss.

[34] Por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE 19 diciembre).

El necesario avance en materia de prevención de riesgos psicosociales resulta evidente en la medida en que su frecuencia y su gravedad aumentan a una velocidad impactante y, además, en lo que ahora más nos interesa, parece contrastado que afectan de manera especial a las mujeres[35]. Sin lugar a dudas, mientras no se superen las numerosas condiciones discriminatorias a las que se ven sometidas las trabajadoras, unidas a la doble jornada[36] debida al desigual reparto de las obligaciones familiares y domésticas[37], que suelen depararle mayores situaciones de estrés y mayor carga tanto física como mental, habrá que actuar en el campo de la prevención de riesgos y, de entrada, tener muy en cuenta la posibilidad de que puedan darse este tipo de daños y valorarlos a fin de evitar o disminuir sus efectos.

Por ejemplificar solamente un caso, téngase en cuenta que muchas de las condiciones o características objetivas de desarrollo de la prestación laboral que según diferentes estudios están asociadas a la génesis de trastornos como el *burnout,* se dan con mayor frecuencia en las trabajadoras. Así, la sobrecarga de

[35] Sobre algunas de las dolencias que afectan de modo especial a las mujeres puede verse, Vaccarezza, L., ¿De qué enferman las mujeres?, en Birulés Bertrán, J. y Vivas Larruy, M.A. (Dir.), Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad, Estudios de Derecho Judicial 131-2007, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 165 ss. Desde la perspectiva de la Seguridad Social también resulta interesante la consulta del estudio de Rivas Vallejo, L., "Las incapacidades laborales de las mujeres", en la misma obra colectiva, en concreto, pp. 189 ss. Puede verse Moreno Jiménez, B., Rodríguez Muñoz, A., Garrosa Hernández, E., Morante Benadero, M.E y Rodríguez Carvajal, R., "Diferencias de género en el acoso psicológico en el trabajo: un estudio en población española", Psicologia em Estudo, Maringá v. 10, n.º, jan./abr. 2005, pp. 3 ss, quienes a partir de los datos obtenidos tras un estudio sobre 103 trabajadores de la Comunidad de Madrid sostienen la hipótesis de que el hecho de ser mujer supone un riesgo adicional para sufrir acoso psicológico.

[36] La doctrina no pasa por alto que la doble presencia, doble carga o doble jornada es uno de los factores que más influye en el trabajo de la mujer y, consecuentemente, también en la salud laboral, entre otros, Moncada i Lluís, S. y Llorens Serrano, C., "Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva", en Agustí Juliá (Dir.), Riesgos psicosociales…, op. cit., pp. 35 y 42; Pérez del Río, T., "Diálogo social, negociación colectiva…", op. cit., p. 466.

[37] Como se ha señalado, "El reparto más armónico de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres es una premisa necesaria para corregir el sexismo en la división del trabajo, pero no es un problema cuya solución incumba al Derecho del Trabajo, pero éste puede ayudar a solucionarlo, facilitando la conciliación del trabajo y tareas familiares", Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer", RL nº 8, 2006, p. 5. Sobre el difícil y lento camino hacia la corresponsabilidad que con cierto retraso ahora se inicia con la LOI tras el desenfoque de la Ley 39/1999, por todos, Pérez del Río, T., "La Ley Orgánica de igualdad…", op. cit., pp. 228 ss. La novedad que supone el cambio de enfoque de la LOI, tendente a la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, aunque todavía caracterizada por su estrechez de miras y su insuficiencia, es destacada por Molina Navarrete, C., "El impacto laboral de la "Ley de igualdad de sexos", lo que queda después de vender el "humo político"", RTSS, CEF nº 290, 2007, pp. 133 y 144.

trabajo, presión laboral, las malas condiciones de trabajo (incluida la baja remuneración), inadecuado liderazgo, falta de implicación, escasa autonomía, poca participación en la toma de decisión y entrenamiento insuficiente y así sucesivamente, aunque también viene asociado con excesivas e inadecuadas expectativas sobre el trabajo y con las propias características del individuo[38]. Tampoco cabe olvidar que aparece de modo patente asociado a determinadas profesiones como las sanitarias, cuidadores, terapeutas, en la enseñanza y otras análogas, caracterizadas por la trascendencia del contacto personal con otros sujetos, la implicación emocional y el rol de asistente o de ayuda que asume quien las desempeña. Profesiones todas ellas, como es bien sabido, claramente feminizadas[39]. Todas estas circunstancias y estas grandes diferencias, más algunas otras que a buen seguro se han quedado en el tintero, entre las condiciones sociales, laborales y familiares de hombres y mujeres guardan, sin lugar a dudas, relación con la salud y, como se ha señalado, "la prevención de riesgos laborales no puede plantearse eficazmente de espalda a estos hechos"[40].

Baste terminar con unas líneas para insistir en la más que conveniente adopción de un "nuevo enfoque" más avanzado y también más ajustado al espíritu de una norma, la LPRL, que ha cumplido ya más de un decenio y de la que no hemos exprimido, ni mucho menos, todo su potencial.

[38] Con mayor detalle, vid. Da Silva Rodio, F. Drogas, ética y transgresión, Montevideo, Psicolibros, 2001, pp. 64-5. En un sentido muy similar, Castellano Arroyo, M., "Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio laboral", alcor de mgo, Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales nº 0, p. 47. El mayor riesgo que acecha a las mujeres de ocupar una posición marginal en el mercado de trabajo y la afirmación de que las tareas feminizadas son menos atrayentes, están peor remuneradas, más concentradas en categorías inferiores y tienen menos posibilidades de promoción puede encontrarse en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., "El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer", op. cit., pp. 9-10.

[39] Como se ha constatado, determinados trabajos se han asociado tradicionalmente a las mujeres, en tanto que prolongación externa de las actividades que venían desempeñando en el ámbito doméstico, ajeno al mercado: tareas relacionadas con la salud y el cuidado de enfermos, la guardería infantil y la educación básica, el servicio doméstico, actividades de limpieza, cocina, etc., Casas Baamonde, M.E., "Transformaciones del trabajo…", op. cit., p. 96. Más específicamente, puede consultarse el estudio de Gil-Monte P.R., "Influencia del género sobre el proceso de desarrollo del síndrome de quemarse por el trabajo (*burnout*) en profesionales de la enfermería", Psicologia em Estudo, Maringá, v.7, n.1, jan./jul. 2002, pp. 3 ss.

[40] Moncada i Lluís, S. y Llorens Serrano, C., "Aproximación a los riesgos…", op. cit., p. 36.

3. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL NIVEL ESTATAL

3.1. La Ley de igualdad: tímidos pero relevantes avances

Aun cuando la LOI ha recibido importantes críticas doctrinales, en tanto resulta lamentable que la discriminación por razón de género y/o sexo no haya sido considerada directamente como un riesgo profesional, quedando el enfoque preventivo excesivamente diluido[41], es ahora interesante contemplarla de forma positiva desde el momento en que ha dado algún que otro paso importante encaminado a integrar la perspectiva de género en el ámbito de la salud laboral.

En especial, resulta significativo el signo dado a esta temática en la nueva letra g) del apartado 2 del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que alude a la "Promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras"[42].

A nuestro entender, lo más destacable del precepto legal es que adopta una perspectiva donde lo importante no es tanto o no es exclusivamente hallarnos ante una cuestión de igualdad[43] sino ante el desafío de atender específicamente, en su caso, las necesidades de las trabajadoras, en la medida en que se parte de la constatación de que, enfrentados a determinados riesgos, en particular de dolencias y enfermedades, las respuestas de los distintos trabajadores son también diversas y que entre los factores a considerar no es, ni mucho menos, menospreciable el que hace referencia al sexo.

De forma ya algo más concreta, aunque todavía ciertamente tímida y manteniéndose, de momento, a nivel de las políticas públicas en materia

[41] Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 105.

[42] Vid. DA 9ª. 2 LOI. El nuevo art. 21 Ley General de Sanidad hace referencia a "La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, que integrará en todo caso la perspectiva de género…" (DA 8ª.4).

[43] Sin embargo, para Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer…", op. cit., p.191, "la evaluación de riesgos laborales conforme a la metodología descrita, puede posibilitar el desarrollo de políticas preventivas feminizadas –no discriminatorias– que partiendo de una relectura de los conceptos de salud laboral y de riesgo laboral aseguren –desde la perspectiva de género y diversidad biológica- una igualdad real (art. 9.2 CE) en relación a la salud laboral de la mujer, capaz de supera análisis y actuaciones preventivas ancladas todavía en una perspectiva androcéntrica de la prevención del riesgo profesional".

preventiva, se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5 de la LPRL[44] referente a que "Las Administraciones Públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores".

No obstante, tampoco cabe perder de vista que estos avances a nivel científico e investigador tendrán que repercutir, aun cuando el proceso puede ser algo lento, en la propia política empresarial, en la medida en que, como es bien sabido, el empresario, dado el carácter dinámico de la obligación de seguridad, no puede permanecer de espaldas a los nuevos riesgos que van haciéndose patentes al compás de la evolución de la ciencia (art. 15 e) LPRL)[45].

Por otro lado, y dada la mayor incidencia de este tipo de riesgos en las mujeres, como se ha resaltado en el epígrafe anterior, resulta más que conveniente plasmar algunas reflexiones concretas sobre el tratamiento dado al acoso en el texto de la LOI. De forma específica, en relación al acoso sexual y por razón de sexo, se introduce una "novedosa" concepción, desde el momento en que vienen tildados expresamente de riesgo laboral[46], aspecto que si bien defendido en distintos foros[47] era ignorado a nivel legislativo. De esta forma, el art. 27 LOI dedicado a la integración del principio de igualdad en la política

[44] DA 12ª.1. En general sobre este ámbito de actuación puede verse De la Encarnación Valcárcel, A.M., La perspectiva de género en las políticas públicas, en Sala Franco, T, Ballester Pastor, M.A., Baño León, J.M., Embid Irujo, J.M. Y Goerlich Peset, J.M. (Coords.), Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, La Ley, Madrid, 2008, pp. 141 ss.

[45] En el mismo sentido, vid. Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer…", op. cit., p. 190.

[46] Es interesante, por el enfoque desde una perspectiva de promoción de la salud laboral de las mujeres, el trabajo de Vallejo Dacosta, R., "El acoso sexual y el acoso…", op. cit., pp. 15 ss. Vid. asimismo, Pérez del Río, T. y Ballester Pastor, A., Mujer y salud laboral, op. cit., en especial pp. 99 ss.

[47] Así se muestra tajante Vogel, L., "La dimensión de género en salud laboral…", op. cit., p. 7 para quien "A pesar de las evidencias que demuestran que el acoso sexual constituye un peligro para la salud, nunca se le ha considerado como un tema de salud laboral…"; vid. López López, J., "Salud laboral y protección…", op. cit., p. 72. También lo reconocía ya así –el acoso constituye un riesgo para la salud y seguridad- el conocido Código de Conducta europeo sobre el acoso del año 91, entre otros, vid. Serrano García, J.M., "Tratamiento de la mujer trabajadora y del acoso sexual en la negociación colectiva", en Escudero Rodríguez, R., La negociación colectiva en España: una visión cualitativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 771. Cubo Mayo, A. Y Pérez-Bustamante Mourier, J.P., "El derecho a la dignidad…, op. cit., p. 1369, destacan la esencialidad de introducir un sistema de prevención de riesgos psicosociales en las empresas.

de salud, incluye entre las actuaciones a desempeñar por las Administraciones Públicas, "La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo"[48]. A lo anterior vienen a añadirse las previsiones contenidas en el art. 48 LOI referentes a las medidas a adoptar por el empresario.

En el primer caso, que es el que ahora nos interesa, nos hallamos ante un mandato dirigido a los poderes públicos que vienen compelidos a emprender todo tipo de actuaciones en orden a la mejora de la salud laboral en relación a este riesgo concreto, incluyendo posibles intervenciones legislativas, actividades de fomento, promoción, iniciativas a cargo de organismos especializados, en especial relacionadas con la investigación y la divulgación, y cualquier otra encaminada a la finalidad enunciada. Lógicamente, esta vertiente del acoso sexual viene a sumarse, a fin de lograr una mayor efectividad de la tutela, especialmente en el plano preventivo, a su "consideración preeminente como actuación discriminatoria que permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho mas elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente se vulnera"[49].

La actuación emprendida, de momento, es excesivamente tibia[50] y, a simple vista, no augura grandes avances en las políticas preventivas y sistemas de gestión de riesgos laborales de las empresas. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque se limita al ámbito de las políticas públicas y se deja de lado a la política empresarial. En segundo lugar, porque, al igual que ocurre en el resto del texto legal, se ponen los cimientos para la prevención del acoso pero se deja la efectiva materialización de los avances a terceros, en concreto también aquí se da un papel esencial a la negociación colectiva. En tercer lugar, resulta sorprendente que no se haya intentado, siquiera, una mínima coordinación entre las nuevas obligaciones que se imponen al empresario en relación con la evitación del acoso sexual y por razón de sexo y la política de prevención de riesgos laborales, en la que se incluye, sin lugar a dudas, la necesidad

[48] Acompañado de la correspondiente modificación del art. 17.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad referente a "La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" (DA 8ª. 3).

[49] Pérez del Río, T., "La Ley Orgánica de igualdad…", op. cit., p. 236.

[50] La doctrina ha destacado la insuficiencia de las reformas emprendidas, en tanto que entre las modificaciones realizadas a la LPRL, no se hace referencia alguna a la prevención de la violencia de género en el trabajo, probablemente debido a la oposición de la patronal, vid. Pérez del Río, T., "La Ley Orgánica de igualdad…", op. cit., p. 240. En la misma línea, se valora positivamente que el enfoque de género tenga cabida expresa en el marco de las políticas de salud laboral y de PRL, pero lamentable que no se haya hecho con una mayor claridad y contundencia en el ámbito de las políticas empresariales de PRL, como sí sucede en las públicas, Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 151.

de evitar, prevenir y controlar los riesgos de naturaleza psicosocial, entre los que cabe encajar de forma evidente cualquier género de acoso.

Si han de ser aplaudidos, lógicamente, estos tímidos avances contenidos en el texto de la LOI hacia una protección integral de la salud de la mujer y, por qué no, también hacia una tutela diversificada en caso del hombre, adaptada a sus condiciones de trabajo, pero también a sus características personales y biológicas, no se puede evitar reclamar nuevos pasos en este sentido. Partiendo de la premisa de que la LOI es, como ya ha señalado autorizada doctrina, un punto de partida y no de llegada[51], no iba a ser la excepción la materia que ahora nos ocupa en la que las iniciativas adoptadas son acertadas pero, sin duda alguna, necesitan una tarea ulterior, quizás no sólo o no tanto normativa, sino de investigación, divulgación, información, formación y un largo etcétera. Así, sería necesaria la elaboración de nuevos criterios por parte del INSHT u otros organismos especializados acerca de la introducción del género en la evaluación de riesgos, además de su especial interrelación con los factores de riesgo psicosocial, en especial el acoso y la violencia del tipo que sean, aspectos a los que haremos referencia en el lugar correspondiente del trabajo.

3.2. **La Estrategia Española: un panorama desalentador**

Qué duda cabe que se echa en falta en el principal instrumento destinado a poner en marcha la política pública de prevención de riesgos, la conocida como Estrategia Española de Seguridad y Salud en el trabajo (2007-2012), aprobada poco después de que viera la luz la LOI, el 28 de junio de 2007, alguna referencia a la perspectiva de género o a la necesidad de avanzar en este sentido, de implementar las actuaciones de investigación en este terreno y otras análogas, que más bien brillan por su escasez. La laguna es más llamativa si tenemos en cuenta que sí hace referencia expresa a textos más o menos coetáneos como la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público o el Estatuto del Trabajo Autónomo en aquel momento en fase de tramitación.

A mayor abundamiento, a nuestro modo de ver la cuestión, es un problema de importante calado si tenemos en cuenta que la mencionada Estrategia sigue muy apegada a una concepción de los riesgos laborales algo reduccionista y demasiado ceñida aún a la identificación entre estos últimos y los accidentes, reflejado en que uno de sus objetivos generales sigue siendo la reducción constante y significativa de la siniestralidad laboral que es, sin lugar a dudas, el efecto negativo más visible del problema. Resulta patente que si analizamos

[51] *In extenso* esta cuestión en Pérez del Río, T., "La Ley Orgánica de igualdad…", op. cit., pp. 231 ss.

algunas estadísticas de accidentes laborales y enfermedades profesionales, cuando aparecen desagregadas por sexo, el balance arroja un saldo positivo para la mujer que se accidenta menos y contrae menos enfermedades "listadas". No obstante, también permiten comprobar que el dato se invierte si referido, por ejemplo, a enfermedades en sectores como el de los servicios[52]. Por otra parte, en relación con las llamadas enfermedades derivadas del trabajo u otras en las que su pluricausalidad hace diluir su conexión con el trabajo, aunque carecemos de datos oficiales como se indicó *supra*, diversos estudios resaltan su mayor incidencia en el colectivo femenino.

De todas formas, en la Estrategia, aunque de manera indirecta, se aprecia un esfuerzo importante en orden a prestar una especial atención al tema de la vigilancia de la salud, medida de especial trascendencia en orden a la detección precoz de enfermedades, como resulta patente (punto 2.6). O a la (punto 5.1) elaboración por los Ministerios de Trabajo y de Sanidad de guías de los síntomas y patologías relacionados con los agentes causantes de enfermedades profesionales que sirvan como fuente de información y ayuda para el diagnóstico de las mismas. Si bien adolece de cualquier referencia específica a los riesgos psicosociales o a los factores ligados al género como determinante de la prevalencia de algunas enfermedades.

Dicho todo lo anterior, ello no supone, lógicamente, que en la Estrategia no se contengan continuas referencias a formulaciones tipo o genéricas que, por supuesto, engloban también las enfermedades. Así, cuando se alude a la mejora continua y progresiva de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo que, sin embargo, a la postre, parece quedar algo vacía de un contenido pragmático concreto y de acciones específicas y palpables. Es más, incluso cuando dentro de sus objetivos (punto 1.8) se alude a la adaptación permanente del modelo de prevención a los cambios que se produzcan en el mercado de trabajo y a la realidad de sectores y colectivos de especial riesgo (temporales, inmigrantes, subcontratas, agricultura, pesca, etc.), no necesaria ni exclusivamente a través de modificaciones normativas, sin lugar a dudas, las grandes olvidadas son las trabajadoras. Aspecto que encontramos de nuevo cuando al prestar atención al tema de las políticas educativas y a la cultura preventiva, se hace referencia a los grupos de riesgo y se limita la referencia a trabajadores temporales e inmigrantes…, aunque lógicamente debe tener cabida la trabajadora en razón de la maternidad (vid. Punto 4.3). Un punto a destacar es que la Estrategia sí hace

[52] Así de los datos provisionales de enfermedades profesionales para el período enero-noviembre 2008 se desprende que de la cifra total nacional que asciende a 17.619, sólo 7.329 corresponden a mujeres, ahora bien, en el sector servicios se concentran un total de 6.459 casos de los que 4.314 son mujeres. Estos y otros datos pueden consultarse en http://mtas.es/Estadisticas/EAT.

alusión en más de una ocasión a la atención específica en el ámbito preventivo de los extranjeros. Téngase en cuenta que a la doctrina no ha pasado por alto la especial situación en que se encuentran las trabajadoras extranjeras, con unas necesidades especiales determinadas tanto por las deficiencias en cuanto a atención sanitaria que pueden arrastrar desde sus países de origen, como a las peculiaridades propias de los sectores de actividad donde su ocupación es más frecuente y las evidentes diferencias (a la baja) en cuanto a condiciones de trabajo que padecen, aspectos que se ven reflejados también en los índices de siniestralidad laboral del colectivo[53].

Ciñéndonos al campo de las políticas públicas, entre sus objetivos se incluye (punto 4.1) el diseño de las políticas públicas en seguridad y salud en el trabajo que debe integrar todo el conjunto de riesgos a los que se ven expuestos los trabajadores y trabajadoras como consecuencia del ejercicio de su actividad dentro y fuera de los centros de trabajo, con especial atención a los denominados riesgos emergentes, los riesgos psicosociales derivados de la organización del trabajo; o los riesgos asociados a la movilidad con incidencia directa en los accidentes de tráfico *in itinere* y en misión. Es en este punto donde vamos a encontrar la primera referencia, ciertamente escueta, a la cuestión que ahora nos ocupa, al señalar que "De igual forma, dichas políticas, a la hora de establecer medidas concretas de actuación, deben tomar en consideración variables subjetivas de determinados colectivos tales como: la edad, el género, la migración o la discapacidad". No obstante, en línea con lo que hemos apuntado *supra*, no hubiera estado de más un cierto mayor énfasis a la hora de llamar la atención sobre la especial incidencia de los riesgos emergentes sobre las mujeres. Quizás sería conveniente aprovechar la revisión intermedia del texto de la Estrategia prevista para el 2010 para salvar esta laguna y plantear objetivos específicos de mayor calado a corto y medio plazo que permitan no sólo un avance por este terreno de las políticas públicas sino también que en un futuro próximo pueda ser una realidad la plasmación de este enfoque en las políticas empresariales, con el correspondiente reflejo en los instrumentos preventivos utilizados a fin de garantizar el derecho del trabajador a su integridad física y a la garantía de su salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo.

De forma mucho más concreta, en algunos documentos y notas emanados del INSHT, aunque con menos frecuencia de la deseada, es posible rastrear actuaciones donde se introduce la dimensión de género en salud laboral, así

[53] En esta línea, entre otros, Llano Sánchez, M., "Prevención de riesgos laborales…", op. cit., p. 149. Interesante resulta también el estudio de De La Cuesta Aguado, P.M., "Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud", RDS nº 41, 2008, pp. 75 ss.

pueden consultarse algunas notas técnicas, en concreto, las NTP 657 y 658 dedicadas a "Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres: exposición y efectos diferenciales". En la primera de ellas se expresa de forma bastante diáfana el planteamiento de la cuestión, desde el momento en que viene a afirmarse que "Se trata pues de reflexionar sobre si a la hora de hacer prevención tenemos en cuenta todas estas diferencias, o si por el contrario una visión excesivamente "universal" nos impide dar respuesta a la diversidad de realidades en el mundo del trabajo, partiendo de una pretendida homogeneidad".

3.3. **Un notable salto cualitativo: el Plan Estratégico (2008-2011)**

Antes de entrar en el nivel autonómico, no queremos pasar la oportunidad de hacer una sucinta referencia al estado de la cuestión en el Plan Estratégico de igualdad de oportunidades (2008-2011) elaborado en diciembre de 2007[54].

Es de destacar la relevancia que el Plan Estratégico da, en materia de igualdad y, más en concreto, en el epígrafe dedicado a la salud a la influencia en el proceso de salud/enfermedad de distintos condicionantes del contexto social, de los procesos biológicos y de la manera subjetiva de afrontar los acontecimientos vitales, donde se aprecian importantes diferencias entre los hombres y las mujeres, aspecto que constituye el punto de partida del Plan. En este sentido, resulta loable que no se da la espalda a la realidad, donde resultan imperantes determinadas circunstancias a las que ya hemos hecho referencia. Más en concreto, se considera que en el caso de las mujeres hay una serie de circunstancias que influyen de manera decisiva en el proceso de salud/enfermedad. En especial, centrándonos en la vida adulta se destacan las presiones procedentes de la doble jornada laboral[55], las sobrecargas del cuidado familiar, los problemas de crianza de los hijos e hijas, y la discriminación laboral que supone, entre otras consecuencias, dificultades para la elección y el ejercicio de la maternidad, uno de cuyos resultados es el aumento de la utilización de la reproducción asistida, constituyendo factores relevantes por su prevalencia e impacto en la salud. De una forma mucho más diáfana y decidida que en la

[54] Puede consultarse en http://www.migualdad.es/igualdad/PlanEstrategico.pdf.

[55] Los datos siguen confirmando, junto a otras diferencias patentes, la desproporción existente entre las cargas y responsabilidades familiares y domésticas asumidas por los hombres y las mujeres, que arrojan el resultado de que las mujeres tienen una semana laboral (incluyendo ambos aspectos) considerablemente más larga que los hombres, vid. El documento "Mind the gap…", op. cit., p. 7. Conclusión que también se incluye en la I Encuesta de Condiciones de Trabajo en Andalucía, p. 153, donde se señala que son muy acusadas las diferencias de sexo en cuanto a reparto de tareas domésticas y que las mujeres además de cargar con casi todo el trabajo doméstico, se sienten más responsables mientras están trabajando y piensan en ellas mientras trabajan.

Estrategia, se viene a poner de manifiesto que, en el campo específico de la salud laboral, la segregación (horizontal y vertical) y la mayor precariedad en el mercado de trabajo definen una parte importante de la exposición a riesgos físicos y psicosociales, generalmente invisibles y, por tanto, insuficientemente contemplados. En el ámbito de estos últimos, se considera que sus efectos sobre la salud se dejan ver, precisamente, en los datos sobre quejas de salud y morbilidad relacionados con el dolor y el malestar psíquico y con la prevalencia y aumento, entre las mujeres, de problemas de salud mental y somatizaciones. Asimismo, viene a resaltar que la violencia contra las mujeres tiene importantes repercusiones sobre su salud física, mental y social.

Dentro de sus objetivos estratégicos, que se centran en cuatro áreas temáticas: la producción, publicación y difusión de información cualitativa y cuantitativa sobre la influencia del género en la salud y la atención de la salud; la promoción de la transversalidad[56] de género en las políticas de salud y el impulso de las políticas específicas de salud de las mujeres; la contribución a la mejora de aspectos específicos de la salud de las mujeres, así como incidir en enfermedades de alta prevalencia, o sensibles al impacto de género y el impulso de la participación y empoderamiento de las mujeres en los procesos de salud, es posible encontrar algunas actuaciones concretas en el ámbito de la salud laboral, centradas en tres líneas de actuación.

En primer lugar, en la dirección ya trazada por la LOI, se contempla la necesidad de fomentar que los sistemas de información en salud laboral, recojan sistemáticamente, información desagregada por sexo, contemplando, igualmente, las consecuencias para la salud que derivan de las condiciones en que se desarrolla el trabajo doméstico, la doble jornada y la dedicación a cuidados informales por las mujeres.

En segundo lugar, con carácter general y con el objetivo de hacer realidad la aplicación del principio de transversalidad, se pretende actuar en orden a revisar, con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las organizaciones sindicales y otros agentes implicados, los aspectos de salud laboral desde el enfoque de género, especialmente, los instrumentos para la evaluación de riesgos y la lista de enfermedades profesionales. Estamos, quizás, ante el aspecto más novedoso del plan y una de las previsiones más importantes en relación con las políticas públicas hasta ahora examinadas, desde el momento en que se pretende dar el salto desde las declaraciones programáticas, los propósitos y las actuaciones públicas, a medidas concretas y pragmáticas. En especial, es de resaltar el salto desde los instrumentos públicos a la política

[56] Por todos, Lousada Arochena, J.F., "El principio de transversalidad: origen y significado", TL nº 91, 2007, pp. 57 ss.

empresarial y la conexión con la evaluación de riesgos, único instrumento capaz de hacer realidad los objetivos hasta ahora esbozados. Además, se hace una llamada de atención a los agentes sociales, cuya participación en este empeño resulta crucial, aspectos que serán abordados con mayor detalle en el último punto del trabajo.

En tercer lugar, también se incluye la necesidad de potenciar medidas que aborden los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, que se manifiestan de manera exclusiva o tienen alta prevalencia en las mujeres, con la finalidad de detectar y de prevenir sus causas. A lo que se une la necesidad de considerar dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. ACTUACIONES EN MATERIA DE GÉNERO Y SALUD LABORAL EN LA POLÍTICA PREVENTIVA ANDALUZA

Una vez expuesta la necesidad de una política preventiva a todos los niveles donde el enfoque de género y, por tanto, las necesidades específicas de cada trabajador no sean ignoradas y examinadas las actuaciones emprendidas a nivel estatal, hemos de centrar la atención en la política preventiva andaluza, a fin de rastrear las acciones acometidas o al menos "*in intinere*" en el ámbito de nuestra Comunidad con el objetivo de garantizar una tutela de la salud de la trabajadora que vaya más allá de su tradicional protección en razón de la maternidad.

4.1. La Ley Andaluza de Igualdad

Antes de entrar en el articulado de la norma, baste ahora con traer a colación la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía[57], donde pese a no haber referencias concretas al tema que nos ocupa, sí encontramos una decidida apuesta por la prevención de riesgos laborales y la lucha contra la siniestralidad laboral, que aparece tanto entre los objetivos básicos de la Comunidad (art. 10), como en distintos preceptos dedicados a empleo, relaciones laborales y seguridad social (art. 63, 171 y 173). Concretamente, en el art. 173 se establece que la Comunidad tendrá su propia política de relaciones laborales, en la que se incluye expresamente la prevención de riesgos laborales y protección de la seguridad y salud laboral. Junto a lo anterior, el art. 73 hace alusión específicamente las políticas de género. Ello nos

[57] BOJA de 20 de marzo.

lleva a pensar que el nuevo plan (o estrategia) andaluza en proceso de elaboración debiera abordar de manera más decidida el tema que ahora nos ocupa, puesto que, hasta el momento, se ha recorrido escaso camino y las actuaciones emprendidas, en buena medida, se han quedado en el terreno de las declaraciones de intenciones, donde se echan en falta medidas concretas y específicas.

En esta línea, la primera referencia la podemos encontrar en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que en su art. 29 viene a reconocer esta realidad y pone de manifiesto, aun cuando con carácter general y no centrado en la salud laboral, que "las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán una concepción integral de la salud que tenga en cuenta tanto los riesgos físicos como psicosociales según las diferencias existentes entre mujeres y hombres". La lectura del precepto legal arroja una primera conclusión que resulta innegable, y de hecho, no ha pasado desapercibida para los primeros comentaristas de la norma, en el sentido de que se trata más de un claro compromiso y una voluntad de hacer, que de un elenco de medidas concretas[58]. El problema, baste ahora esta observación para adelantar algunas de las conclusiones del trabajo, es que este planteamiento es una constante en relación con el tema que nos ocupa, donde las medidas específicas y las acciones pragmáticas brillan por su ausencia.

4.2. El Plan General para la Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía y el VI Acuerdo de concertación social

Resulta indudable que el Plan General de Prevención de Riesgos Laborales (2003-2008), aprobado por Decreto 313/2003, de 11 de noviembre, de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía[59], ha venido a suponer un instrumento de especial relevancia marcando una serie de objetivos encaminados a dar cumplimiento a la labor que a la Administración autonómica corresponde en esta materia, en orden a la ejecución de la normativa estatal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.7 CE y muy presente en el Estatuto de Autonomía, como acabamos de ver. Como no podía ser de otra manera, el Plan gira sobre un objetivo general y esencial que no es otro que la promoción de la salud laboral, la reducción de los índices de siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de trabajo en nuestra Comunidad. Aunque son muchos y variados los objetivos contenidos en el plan y su amplitud de miras (nueve objetivos estratégicos, treinta y cuatro objetivos

[58] Castellano Burguillo, E., "La legislación autonómica en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", TL nº 95, 2008, p. 152.

[59] BOJA de 3 de febrero de 2004.

operacionales y ciento treinta acciones con una previsión presupuestaria de 65.976.000 €), hemos de centrarnos en la concreta materia que nos ocupa, esto es, las previsiones específicas en relación a la introducción de un enfoque de género en la prevención de riesgos laborales y la tutela específica de la salud de la mujer, más allá de la protección por maternidad a la que, sin dudas, tiene derecho.

En el momento actual, cuando el período de vigencia del mencionado Plan acaba de expirar y estamos a la espera de la elaboración de una futura Estrategia Andaluza de Prevención de Riesgos Laborales, revestiría la mayor trascendencia conocer los datos reales (no meramente propagandísticos) sobre el nivel de consecución de todos y cada uno de los objetivos planteados, a fin de poder controlar si efectivamente las políticas preventivas superan las meras declaraciones de intenciones y se plasman en hechos concretos que tendrán su correspondiente reflejo en logros palpables en orden a la mejora de la prevención de riesgos laborales, a la disminución de la siniestralidad laboral y al incremento de la cultura preventiva. Lógicamente, quien haya seguido de forma más o menos atenta la política preventiva en nuestra Comunidad habrá podido apreciar ciertos avances y el cumplimiento, al menos, de algunas de las acciones más significativas y publicitadas del plan. Así, la creación del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (por Ley 10/2006, de 26 de diciembre) o acciones específicas en materia de investigación y de promoción de la investigación destinadas a las Universidades Andaluzas y otros organismos de igual importancia o ayudas y subvenciones para trabajos, estudios, proyectos e investigaciones en este campo y otras análogas[60].

Centrándonos ya en el examen del Plan Andaluz, éste arroja un saldo bastante escuálido en cuanto a la integración del enfoque de género en las políticas de prevención de riesgos laborales y ello aun cuando, como no podía ser de otra manera, encontramos algunas referencias a esta perspectiva entre las acciones específicas contempladas en el mismo, que en puridad se limitan a dos actuaciones concretas.

En primer lugar, venía prevista (acción 55) la suscripción de un Acuerdo con la Consejería de la Presidencia en lo concerniente al Instituto Andaluz de la Mujer para desarrollar programas que contemplen la igualdad de género en

[60] Datos referentes a estas acciones y a la política preventiva en la Comunidad Andaluza pueden verse en el estudio sobre Andalucía elaborado por Chacón Blanco, S. y González Vila, I., dentro del monográfico dedicado a las Políticas Autonómicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, Revista alcor de mgo nº 2, 2005, pp. 43 ss. También Molina Navarrete, C., "Política Andaluza de Prevención de Riesgos Laborales: Balance y perspectivas ante el reto de la "nueva" Estrategia Comunitaria", en Cruz Villalón, J. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Coords.), Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía, CARL, Sevilla, 2003, pp. 457 ss.

los programas preventivos. En esta línea, la actuación del Instituto Andaluz de la Mujer se está dejando sentir en este ámbito con programas específicos, entre los que podríamos destacar, a título meramente ejemplificativo, el programa Equal SIOCA, que es un proyecto sectorial, referido al sector de la construcción, actividades auxiliares y afines, que se desarrolla en Andalucía y que entre sus objetivos incluye de manera explícita el de contribuir a una inserción en condiciones de seguridad laboral para mujeres y hombres. De ahí que una de sus líneas principales de actuación sea la realización de estudios sobre derechos laborales básicos y prevención de riesgos laborales en el sector desde la perspectiva de género, y que se pretenda formar en prevención de riesgos laborales al personal técnico, orientadores laborales y representantes sindicales y empresariales[61].

En segundo lugar, se incluye un completo apartado (7.4) dedicado al diseño de actuaciones específicas sobre la mujer trabajadora y otros colectivos concretos, donde se alude (acción 98) a la puesta en marcha de acciones provincializadas sobre la evaluación de las condiciones de trabajo de la mujer en Andalucía. Evidentemente esta acción supone un primer paso necesario para ir avanzando en el objetivo de atender las necesidades específicas de las trabajadoras en este ámbito, no obstante la timidez de la actuación.

En este terreno, baste ahora con señalar que en el marco del objetivo de promoción de la seguridad y salud en el trabajo esbozado en el Plan se ha aprobado la I Encuesta Andaluza de Condiciones de Trabajo[62]. Aun cuando en la mayoría de los aspectos la Encuesta no arroja diferencias de recibo por sexos en relación a riesgos concretos sí nos parece interesante traer al texto algunas conclusiones concretas, que confirman datos ya reflejados en el trabajo e invitan a una profunda reflexión, partiendo del hecho destacado e ineludible de que la población masculina representa dos tercios de la muestra. Tal y como hemos señalado, se constata una acusada segmentación del mercado de trabajo. De esta forma, los hombres predominan en la industria, la construcción, los transportes y comunicaciones y el sector agrario. En cambio, la mujer está más presente en actividades sanitarias, veterinarias y servicios sociales, comercio y hostelería, intermediación financiera, actividad inmobiliaria y de alquiler y servicios empresariales, administración pública y educación y en otras actividades sociales y personales.

[61] Con más detalle, http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/-Equal-SIOCA.html. Han creado también una página web con el objetivo de sensibilizar en materia de género, prevención de riesgos laborales e intermediación: http://www.equalsioca.org.

[62] http://www.juntadeandalucia.es/empleo/adjuntos/publicaciones/1_704_I_Encuesta_Andaluza_Condiciones_Trabajo.pdf.

Siguiendo siempre los datos de la Encuesta, los hombres se consideran expuestos a un mayor número de riesgos, en especial, en sectores como la construcción. Pero no debemos olvidar que la mujer es predominante en el sector servicios donde existe una menor percepción de riesgos de accidente laboral, lo que confirmaría indirectamente la mayor invisibilidad, incluso para las propias afectadas, de los riesgos a que se ven expuestas. Sí se aprecian diferencias, lógicamente marcadas por la segmentación aludida, en riesgos concretos como la inhalación de vapores, humos, polvos y análogos que es significativamente mayor entre los hombres (21,9%) que entre las mujeres (7,5%). En cuanto a cifras de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en ambos casos son más elevadas entre los varones, de hecho se considera que los trabajadores expuestos a un mayor número de riesgos son los varones, menores de 25 años, no cualificados, de la construcción, el metal y la industria extractiva. Además, aunque en función del sexo se observa que no hay apenas diferencias entre hombres y mujeres respecto a las dos principales demandas físicas, ni tampoco en levantar o mover personas, queda patente que son los hombres quienes con mayor frecuencia adoptan posturas dolorosas o fatigantes, realizan una fuerza importante y levantan o mueven cargas pesadas.

En cuanto a los trastornos psicosomáticos, pese a que apenas hay diferencias entre hombres y mujeres, sí se aprecia cierta mayor incidencia en la mujer del acoso psicológico, al que están más expuestos los trabajadores de las actividades sanitarias, veterinarias, servicios sociales, administración pública y educación, todas ellas, como hemos visto, donde el porcentaje de ocupación femenina es significativo.

Por otro lado, según la Encuesta siguen siendo muy acusadas las diferencias de sexo en cuanto al reparto de tareas domésticas. De forma que las mujeres cargan con casi todo el trabajo doméstico y además se sienten más responsables mientras están trabajando y piensan más en dichas responsabilidades.

El panorama, por tanto, al igual que con la Estrategia Española, resulta desalentador, puesto que no puede afirmarse que este instrumento suponga un avance notable hacia la necesaria tutela integral de la salud de la mujer trabajadora.

Podría traerse a colación también una temática aparentemente alejada de la cuestión específica que nos ocupa, pero sin dudas con incidencia sobre la misma, a resultas de las conclusiones expuestas en el epígrafe 2, que es la contemplada en la acción 120. A resultas de la misma, se prevé la impartición de cursos específicos orientados a la formación permanente en temas preventivos con carácter general, así como a la profundización sobre los riesgos específicos de especial incidencia en la administración en general y en materias concretas de ésta en particular (*burn-out* en docentes y en personal sanitario, riesgos químicos y biológicos en hospitales, estrés laboral en general). Dolencias todas ellas con mucha incidencia en el colectivo de mujeres por tratarse de sectores muy feminizados, como vimos.

Tampoco queremos dejar pasar la oportunidad de mencionar que también el III Plan de Salud de Andalucía (2003-2008)[63] incluye entre sus ejes transversales el enfoque de género y hace referencia a riesgos ocupacionales que entiende son consecuencia de actividades consideradas masculinas o femeninas. Así, entre sus metas incluye el compromiso de introducir la perspectiva de género en todas las intervenciones en materia de salud, en los programas y protocolos. Pero, de nuevo nos encontramos con que el tema se aborda más en el nivel del discurso que en otro plano, siendo escasos los objetivos concretos y pragmáticos ni los instrumentos precisos al servicio de estos propósitos generales.

Pues bien, llegados a este punto, merece la pena destacar que esta importante laguna detectada en el Plan General de Prevención de Riesgos Laborales que, como es palpable, descuidó bastante los aspectos relativos a la protección de la mujer trabajadora, viene a intentar paliarse mediante la actuación de los interlocutores sociales, en la que se insistirá *infra*. En este sentido, basten unas sucintas referencias a algunos de los compromisos asumidos en el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía suscrito el 25 de enero de 2005.

En primer lugar, en el mencionado instrumento, cuya trascendencia es innecesario resaltar aquí, vienen los firmantes a comprometerse a dar impulso al cumplimiento del objetivo general de promoción de la salud laboral, reducción de la siniestralidad y mejora de las condiciones de trabajo contenido en aquél, así como a la consecución de todos y cada uno de los objetivos estratégicos y acciones específicas fijados en el mismo, con los medios humanos, técnicos y económicos necesarios. Junto a lo anterior, es de destacar que se realizan nuevas propuestas a fin de implementar el Plan entre las que se incluyen dos con bastante relación con el tema que nos ocupa.

1.-Se prevé la creación de laboratorios que sean observatorios de la realidad andaluza e impulsores de iniciativas para el estudio de problemáticas específicas en materia de seguridad y salud laboral, entre los que se incluyen el dedicado a riesgos psicosociales, con especial incidencia en el hostigamiento moral y el síndrome del quemado y los riesgos emergentes y enfermedades profesionales.

2.-De forma ya mucho más específica, se propone la adopción de medidas que contemplen el tratamiento singular de las circunstancias de género en todo lo relativo a la prevención y, especialmente, el análisis de riesgos en profesiones en las que exista una mayor presencia de la mujer trabajadora.

[63] http://juntadeandalucia.es/salud/contenidos especiales/pas3.

4.3. El I Plan Andaluz de Salud Laboral y Prevención de Riesgos Laborales del personal docente de los centros públicos dependientes de la Consejería de Educación (2006-2010)[64]

El plan, de marcado carácter sectorial y en cumplimiento de los objetivos y compromisos enunciados en el Plan General de Prevención de Riesgos Laborales, arroja algo más de luz sobre el tema objeto de nuestra atención. De entrada, cabe destacar que este Plan específico, partiendo de una situación fáctica dada que hace referencia a las peculiaridades y a las dificultades del sector de actividad en el que se enmarca, a la distribución por sexos del personal docente en la Administración Educativa Andaluza (53% mujeres, frente al 47% de hombres) y a la existencia de deficiencias ambientales y pautas de comportamiento rechazables que no conducen a la consecución de un bienestar físico, mental y emocional, se muestra bastante más preocupado por aspectos relativos a la integridad física y especialmente psíquica del profesorado y a la valoración de las diferentes necesidades en función del sexo.

En este sentido, el punto de partida lo determinan unas palabras de la Organización Mundial de la Salud referentes a que "estilo de vida es una forma de vida que se basa en patrones de comportamiento identificables, determinados por la interacción entre las características personales individuales, las interacciones sociales y las condiciones de vida socioeconómicas y ambientales" (OMS 1999). O dicho de otra forma, que la adopción de estilos de vida diferentes por mujeres y hombres está influida por las normas y roles establecidos socialmente que pueden dar lugar a desigualdades de salud. Asimismo, se parte de que el conocimiento del estado de salud de la población, en general, y de su modo de enfermar, la identificación de sus necesidades y demandas concretas y la atención a la salud y la seguridad, son objetivos que deben estar presentes en el diseño de las políticas, de los programas y de los servicios que se presten a la ciudadanía. Es más, la introducción de la perspectiva de género en el análisis de salud implica reconocer que existen distinciones en el estado de salud de mujeres y hombres, que trascienden las diferencias biológicas y que son construidas socialmente. Este enfoque de género, continua señalando el Instrumento, implica, pues, la búsqueda de la equidad en salud entre mujeres y hombres, entendiendo por tal que tengan las mismas oportunidades de lograr el pleno desarrollo de su salud. Desde un punto de vista más operativo, la equidad en salud implica eliminar esas desigualdades socialmente construidas que son evitables y, al mismo tiempo, suprimir los factores que la determinan.

Avanzando en esta dirección y remontándose a las conclusiones de la I Conferencia Internacional de Promoción de la Salud, celebrada en Ottawa en

[64] BOJA de 9 de octubre de 2006.

1986, se recuerda que se ha recomendado a todos los Gobiernos (locales, regionales y nacionales) que de forma explícita contemplen la necesidad de promocionar la salud de las mujeres, respecto de los siguientes ejes transversales:

1. Desarrollar políticas de salud-educación
2. Crear entornos saludables
3. Desarrollar habilidades personales
4. Reforzar la acción comunitaria
5. Reorientar los servicios educativos y sanitarios

Asimismo, es tajante a la hora de afirmar que es obvio que son necesarias políticas de igualdad y medidas concretas que incorporen la perspectiva de género, orientadas hacia estrategias o acciones preventivas y/o asistenciales de mejora y acondicionamiento de los centros docentes públicos, así como otras medidas complementarias en relación con la atención, apoyo y orientación, sobre las enfermedades que más afectan a la salud laboral del personal docente andaluz.

Desde luego, a primera vista, y teniendo en cuenta la premisa de partida asumida por el Plan y la afirmación explícita de la necesidad de un enfoque de género, contemplando de forma especial las necesidades específicas de las docentes, el texto es mucho más contundente en sus declaraciones que los analizados hasta el momento, y merece una favorable acogida. Ahora bien, si este comienzo nos había hecho generar expectativas demasiado elevadas, éstas parecen desvanecerse en cierta medida a poco que contemplemos las acciones concretas, que no hacen justicia a los objetivos generales enunciados en la primera parte.

Por un lado, dentro de las tareas relacionadas con el asesoramiento y apoyo directo a la formación, se propone la organización de jornadas de ámbito provincial en los Centros del Profesorado sobre "la promoción de la salud en las mujeres docentes" y elaborar materiales para la prevención, en el ámbito docente, que contemplen la igualdad de género. Y, por otro lado, se fija entre sus objetivos el análisis y la investigación de las diferencias en la forma de enfermar de mujeres y hombres docentes, con el objetivo de reducir las desigualdades de género relacionadas con la salud laboral e identificar sus determinantes desde la perspectiva de género. En definitiva, mucho ruido y pocas nueces o, como hemos apuntado *supra*, el anuncio de una clara voluntad política, de un claro deseo de "hacer", pero pocas medidas concretas y directamente aplicables.

5. REFLEXIONES FINALES: APUNTES SOBRE EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS PREVENTIVAS A NIVEL DE EMPRESA

5.1. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: los principios de adaptación y adecuación

A modo de conclusión, ante el desaliento que puede provocar el examen de conjunto de todos los instrumentos hasta ahora mencionamos, en su mayor parte en el nivel del discurso y que escasamente descienden, con honrosas excepciones como el Plan Estratégico de igualdad, al nivel de las medidas concretas en la política preventiva empresarial, no queremos cerrar el trabajo sin hacer sucinta referencia a la posibilidad de extraer el enfoque de género en salud laboral también, no sin ciertas dificultades, de algunos de los principios y elementos clave de nuestra normativa preventiva. Del estudio se deriva, aparte de la necesidad de seguir poniendo el acento en la importancia de esta cuestión, a fin de lograr la protección integral de la salud de trabajadores hombres y mujeres, un encarecido llamamiento dirigido de manera especial a los Poderes Públicos y a los agentes sociales (aunque también a los empresarios, los inspectores de trabajo y los técnicos en prevención) a fin de "activar" las, hasta ahora escasas pero no faltas de potencial, iniciativas en este sentido, que han de plasmarse en medidas concretas y directamente actualizables.

Pues bien, en lo que ahora más nos interesa, no es dudoso que el derecho de la trabajadora a recibir una tutela que vaya más allá de la maternidad, enlaza directamente con principios de inspiración comunitaria presentes en el texto de la LPRL[65]: la adaptación del trabajo a la persona, la adecuación, la valoración de los riesgos de forma ajustada a las características personales del sujeto y otros análogos. Y ello porque en la LPRL late un espíritu de tutela amplia, general, omnicomprensiva pero también "individualizada", subjetiva, que mira a cada individuo y a su especial propensión al riesgo. Asimismo, tampoco cabe perder de vista la marcada tendencia en los textos comunitarios e internacionales a fijar la meta a conseguir más allá de la salud del trabajador hasta alcanzar el bienestar y la insistencia en la conexión entre mejora de la salud y calidad del trabajo. Aspectos todos ellos que se muestran favorables a una concepción como la que aquí se mantiene.

Evidentemente, aspecto que quedó señalado al principio del trabajo, esta exigencia de una tutela de la trabajadora más allá de la maternidad, debe venir

[65] Planteamiento del que parten también otros autores, por todos, Sánchez-Urán Azaña, Y., "Igualdad de género y salud laboral…", op. cit., p. 151.

acompañada de un necesario entendimiento equilibrado de la misma que no pueda llevar, en ningún caso, ni a la imposición de cargas innecesarias al empresario ni a la generación de nuevas trabas para el acceso al empleo de la trabajadora. Y todo ello en la medida en que simplemente se trata de ajustar más los comportamientos preventivos, de seguir los principios inspiradores de la LPRL y, con ello, de realizar sólo aquellas actuaciones necesarias, adecuadas y eficaces, huyendo de comportamientos tipo, de actuaciones meramente formales y de cubrir el expediente, auténticas lacras de la práctica preventiva en nuestro país[66], para pasar a una contemplación de los riesgos de manera individualizada, ajustada a cada trabajador y centrada en la necesidad de adaptar el trabajo a la persona. Esto es, si hemos de atender individualizadamente a las necesidades de cada trabajador y, por tanto, a sus características personales, ello incluye, de suyo, valorar su condición de hombre o mujer y su posible incidencia a la hora de verse afectado de manera distinta por los riesgos laborales.

Sin lugar a dudas, el Plan General Andaluz también incluye entre sus objetivos el tan ansiado e imprescindible del incremento de la cultura preventiva, en la que debe incluirse una conciencia social no sólo de la gravedad y la tolerancia cero contra los daños derivados del accidente sino también contra los menos visibles de las enfermedades o dolencias directamente relacionados con el trabajo, incluidos los dimanantes de circunstancias psicosociales y su especial incidencia en las trabajadoras. A ello se une la sentida necesidad de superar la visión forzadamente "neutral" mantenida hasta ahora que ha provocado, como vimos *supra*, que se parta de un trabajador estereotipado, pero sin lugar a dudas, de sexo masculino.

5.2. **El enfoque de género desde el mismo momento de concepción del sistema preventivo: evaluación de riesgos y planificación**

Qué duda cabe que la evaluación de riesgos laborales, cuya centralidad en el sistema de prevención de riesgos laborales resulta ya a estas alturas innegable, viene a ser el vehículo más adecuado para la introducción de los necesarios matices diferenciales entre el hombre y la mujer en la política preventiva a implantar en las empresas. Así lo atestigua la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo cuando viene a reconocer que la adopción de un

[66] El cumplimiento meramente formal o documental está a buen seguro en la base de los escasos resultados que la implantación de la normativa preventiva está arrojando sobre nuestros índices de siniestralidad laboral, aspecto destacado en distintos lugares, por todos, vid. "Orientaciones para facilitar la integración de la prevención de los riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa", en http://empleo.mtas.es/insht/practice/c_integración.htm, p. 4.

enfoque "neutral a los géneros", sin lugar a dudas el imperante hasta el momento actual, respecto de la evaluación de riesgos y su prevención puede conllevar el riesgo de que las mujeres trabajadoras sean infravaloradas e incluso ignoradas[67].

La obligación de diversificar las tutelas puede extraerse sin demasiadas dificultades del propio art. 16 LPRL. No obstante lo anterior, no hubiera estado de más una referencia explícita a este tema así como, en general, a la necesidad de evaluar los riesgos psicosociales. En la práctica, sin embargo, se constata cómo en la evaluación y planificación de riesgos no se valora esta incidencia en los riesgos laborales de las diferencias relativas a la forma de incorporación de la mujer al mercado de trabajo, pese a resultar asumible con el actual marco legal[68].

En esta última línea, téngase en cuenta que cabe hallar trazas de esta perspectiva en el propio tenor literal del precepto legal, que hace referencia expresa a que el empresario habrá de evaluar los riesgos teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo pero también de los concretos trabajadores que deben desempeñarlos [art. 16.2 a)]. Y este aserto, sin más, ya justifica la introducción de un sesgo de género a la evaluación puesto que las características biológicas y los condicionantes sociales y laborales que afectan a la trabajadora justifican una especial valoración de la posibilidad de que se acentúen/particularicen determinados riesgos.

Asimismo, con mayor detalle, el art. 4 RSP (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención) a la hora de describir el contenido general de la evaluación da más pistas sobre esta cuestión. Por un lado, desde el momento en que remite al amplio concepto de condición de trabajo contenido en el art. 4.7 LPRL y, por otro, al hacer especial hincapié en la necesidad de tener en cuenta la posibilidad de que el puesto de trabajo lo ocupe o vaya a ocuparlo un trabajador especialmente sensible, por

[67] Referencia extraída de la hoja informativa nº 43 de la Agencia dedicada a "La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos" (http://agency.osha.eu.int). También centran la atención en la evaluación, Cabeza Pereiro, J., "Prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo", TL nº 91, 2007, p. 170; Delgado Páez, D.L. y Rodríguez Ortiz de Salazar, B., "Riesgos laborales desde la perspectiva…", op. cit., p. 5º; Gil Pérez, M.E., "Mujer y salud laboral", op. cit., pp. 151 y 155; Grande Murillo, J.M., "La salud de la mujer en el ámbito laboral, una asignatura pendiente", Gestión Práctica de Riesgos Laborales nº 31, 2006, p. 41; Sánchez-Urán Azaña, Y., "Igualdad de género y salud laboral…", op. cit., p. 155. Sobre la trascendencia de la evaluación en el cumplimiento de la obligación empresarial como punto de partida de toda política preventiva nos permitimos la remisión a un trabajo anterior, Igartua Miró, M.T., La obligación general de seguridad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 289 ss.

[68] vid. Areal Calama, I., "Salud laboral de la mujer…", op. cit., en especial pp. 187 y 190 ss.

sus características personales o estado biológico conocido, a algunas de tales condiciones. No obstante, esta tutela no resulta la más adecuada y supone asumir importantes riesgos al volver a un tratamiento diversificado de la mujer justificado en una especial sensibilidad por razones biológicas, que parecería demandar una "mayor" protección que, en realidad, es más ficticia que real, pues también hemos afirmado *supra* que su aportación a las cifras de accidentes de trabajo y enfermedades es palpablemente inferior a la del hombre. Más bien se trata de un ajuste o una diversificación de la tutela que obliga a incidir de manera específicas en unos u otros aspectos por razones conectadas al género.

De esta forma, resulta necesario, si queremos que la evaluación sirva verdaderamente para adoptar las medidas de seguridad necesarias, eficaces y adecuadas al trabajador, identificar y valorar también aquellos riesgos que pueden afectar de modo particularizado a las mujeres, como se desprende de los estudios científicos realizados hasta la fecha. Y ello tanto si vienen motivados por las indiscutibles diferencias biológicas o sociales como si están relacionados con el tipo de trabajo y tareas encomendadas. En este sentido, la conexión con las discriminaciones sociales y laborales de las que es objeto la mujer es evidente, pues mientras éstas se perpetúen hay una serie de circunstancias y riesgos que van a afectar de modo primordial y casi exclusivo a las trabajadoras. Así, se ha considerado que "la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres no puede contemplarse separadamente de aspectos más amplios relativos a la discriminación en el trabajo y en la sociedad"[69].

No cabe perder de vista que esta aseveración reviste particular incidencia en el campo de los factores de riesgo de tipo psicosocial, aspecto al que se ha hecho alusión *supra*. De nuevo aquí, y aunque sea muy sucintamente, debemos insistir en el desajuste de las políticas de prevención de riesgos laborales puesto que se pone especial (y casi exclusivo) énfasis en los accidentes de trabajo, provocando una importante desatención a aquellos riesgos que afectan de manera más frecuente a las mujeres, que quedan en muchas ocasiones huérfanos de medidas protectoras específicas. Mayor incidencia de este tipo de riesgos que aparece de forma patente directamente conectada al tipo de trabajo que desempeñan así como a las condiciones en que su actividad laboral se desenvuelve. Por ello mismo, también en las medidas de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL) debería incluirse este nuevo enfoque para lograr una tutela más ajustada a las necesidades de las trabajadoras.

Como ya hemos visto, aunque quizás hubiera sido interesante una actuación más decidida del legislador y una referencia específica a esta cuestión en el capítulo III LPRL dedicado a las obligaciones empresariales, incluyendo este

[69] Hoja informativa nº 42 Agencia Europea Seguridad y Salud en el Trabajo citada.

aspecto en las reglas sobre planificación preventiva[70], no albergamos dudas de que la necesidad de proteger al trabajador "en todos los aspectos relacionados con el trabajo", la adopción de "todas las medidas necesarias", la "adaptación del trabajo a la persona"[71] o de atender a las características personales del sujeto, entre otras, obliga a tomar en consideración los posibles riesgos "añadidos" o, simplemente, "específicos" que pueden dimanar del sexo del trabajador.

Para concluir, en relación con el acoso sexual y por razón de género, a cuya especial incidencia sobre las mujeres ya hicimos alusión con anterioridad, baste ahora una breve mención al art. 48 LOI. Precepto que, pese al escaso rigor técnico de que hace gala el legislador, no admite otra interpretación que la consistente en entender que todas las empresas, con independencia de su tamaño, vienen obligadas[72] a promover condiciones de trabajo que eviten este tipo de acoso, así como arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar un cauce adecuado a las denuncias o reclamaciones de quienes fueren objeto del mismo. Medidas que han de negociarse con los representantes de los trabajadores y que, a modo de ejemplo, pueden consistir en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, realización de campañas informativas o acciones de formación. Ahora bien, de forma específica, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo es uno de los posibles contenidos del plan de igualdad de las empresas (art. 46)[73], lo que sin duda significa que de existir tales planes estos serán el vehículo negocial adecuado para su establecimiento. Caso contrario, parece indudable que podrán plasmarse tanto en los convenios colectivos[74] como en instrumentos negociados de tipo más informal.

[70] En la misma línea, Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 149.

[71] Así lo destacan también Pedrosa Alquézar, S.I., "La salud integral de la mujer…", op. cit., p. 8 y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Igualdad de género y salud laboral…", op. cit., p. 151.

[72] También para la doctrina, pese a que el enunciado legal es confuso, la regla es clara (la obligatoriedad), vid. Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 151; sin diferenciar entre empresas grandes y pequeñas, Vallejo Dacosta, R., "El acoso sexual y acoso…", op. cit., p. 25.

[73] Hasta la fecha "los agentes sociales han empezado a hacerse eco en la negociación colectiva del problema que supone el acoso, sin que pueda hablarse de la existencia de un compromiso social adecuado a la importancia del problema", Serrano García, J.M., "Tratamiento de la mujer…", op. cit., p. 778. También la nueva estrategia comunitaria (2007-2012) hace hincapié en la importancia de las negociaciones entre los interlocutores sociales en lo que respecta a la prevención de la violencia y del acoso en el trabajo (punto 7.2). En esta misma línea, Pedrosa Alquézar, S.I., "La salud integral de la mujer…", op. cit., p. 22, hacía una llamada a la negociación para regular de forma específica el acoso sexual como factor de riesgo que atenta directamente contra la salud física y psíquica de la mujer.

[74] No obstante, para Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 151, son contenido obligatorio del convenio en aplicación del art. 85.1 ET en todos los ámbitos de nego-

Es de suponer, dada la indicación contenida en el art. 27 LOI ya analizada y las tendencias imperantes en sede doctrinal y en foros especializados, que se comenzará a incluir de modo efectivo este tipo de actuaciones preventivas en la política integrada de prevención de riesgos laborales. Parece lógico pensar que la necesidad de arbitrar procedimientos específicos para su prevención, puede satisfacerse de modo adecuado considerando el acoso como un riesgo más a incluir dentro de la obligación empresarial de seguridad, si bien, lógicamente, contemplando sus especificidades a la hora de evaluar, analizar y corregir las situaciones patológicas detectadas[75]. No obstante, no hubieran estado de más ciertos retoques en la LPRL que permitieran articular ambos tipos de obligaciones. Téngase en cuenta, además, que algunas de las medidas que se ejemplifican en el art. 48 LOI coinciden miméticamente con las recogidas en la LPRL, así de forma destacada la información y la formación de los trabajadores (arts. 18 y 19 LPRL). En este tipo de actuaciones, además de en la tolerancia "cero" y en el establecimiento de procedimientos adecuados para abordar el problema, insiste el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo[76]. No obstante, parece huir de manera deliberada y por motivos exclusivamente crematísticos, habida cuenta el posible mayor coste de las medidas a adoptar[77], de incardinarlas en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, ignorando de forma sorprendente que la obligación de seguridad empresarial en su amplia formulación legal, por referencia "a todas las medidas necesarias" comprende, como se ha visto, necesariamente, actuaciones también

---

ciación colectiva. Postura que no parece avalada por la nueva redacción dada al precepto por la LOI (DA 11ª. 17) que sólo incluye las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad. También para Vallejo Dacosta, R., "El acoso sexual y acoso…", op. cit., p. 25 el artículo no predetermina la fuente de regulación de tales medidas; no se establece la obligación de negociación como contenido mínimo de los convenios colectivos, es más, pueden plasmarse en un simple código de buenas prácticas o bien traducirse en una negociación informal.

[75] Puede verse Moncada i Lluís, S. y Llorens Serrano, C., "Aproximación a los riesgos psicosociales…", op. cit., pp. 15 ss, quienes denuncian la parálisis de la prevención en este ámbito y la escasez de herramientas disponibles, pese a la evidencia del efecto sobre la salud y el bienestar de estos factores laborales de naturaleza psicosocial. La necesidad de una consideración propia a estos riesgos en los sistemas preventivos de las empresas en Cubo Mayo, J. y Pérez-Bustamante Mourier, J.P., "El derecho a la dignidad…", op. cit., p. 1372.

[76] Suscrito por BUSINESSEUROPE (antes UNICE), UEAPME, CEEP y TUC el 26 de abril de 2007.

[77] En este sentido, llamativa resulta la justificación dada en un documento resumen sobre el acuerdo marco publicado por la CEOE en Mayo de 2007, donde se fundamenta la opción por un enfoque distinto al de la prevención de riesgos laborales y su ubicación en el ámbito de la gestión de los recursos humanos en que "frente a postulados que defienden costosas actuaciones sistemáticas preventivas (v.g. sistemas de evaluación de riesgos) aplicables en todas las empresas, se ha preferido otro enfoque basado en el establecimiento de cauces discretos de comunicación destinados a posibles trabajadores acosados".

en este ámbito, en especial relacionadas con la organización del trabajo, ampliamente entendida. También de la normativa preventiva se deduce la tolerancia cero, la vigilancia y el uso de la potestad disciplinaria, cuando no existan otras medidas eficaces.

Sin lugar a dudas, y en conexión con lo que ya se ha apuntado sobre la inclusión del enfoque en las políticas públicas, correspondería al INSHT y, a nivel andaluz, al Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, la investigación, formación y difusión de este enfoque, en especial, empezando por su inclusión en las guías elaboradas para la realización de la evaluación, o en fichas técnicas u otros documentos que tienen por destinatarios a las empresas y a los técnicos en prevención que, a la postre, son los encargados de realizar la evaluación y la correspondiente planificación preventiva.

5.3. **El papel de los agentes sociales**

A modo de conclusión, es preciso también insistir en que corresponde a los agentes sociales un rol de indudable trascendencia en este campo, aspecto en el que inciden los principales instrumentos a los que se ha hecho referencia *supra*, en especial la Estrategia Española y el Plan General de Prevención de Riesgos Laborales en Andalucía. Este último, ya en su introducción hace referencia a que el logro de una óptima salud laboral, elemento determinante de la calidad del empleo, requiere el protagonismo y la corresponsabilidad de los agentes económicos y sociales como sujetos activos de las actividades productivas. Y entre sus objetivos incluye el de desarrollar la participación/compromiso de los agentes sociales, potenciando los órganos de participación existentes y la creación de otros nuevos que permitan una mejor articulación de la implicación de estos agentes. Asimismo, se pretende fomentar el desarrollo de las figuras que intervienen en el diálogo social en este ámbito.

Sentado lo anterior, resulta patente que la negociación colectiva debería desplegar todo su potencial a fin de hacer realidad y llevar a la práctica el enfoque de la política preventiva empresarial que venimos comentando, recalcando la necesidad de tener en cuenta la incidencia del sexo en los riesgos laborales. No obstante, partiendo de los escasos éxitos obtenidos por la práctica convencional hasta estos momentos en materia de prevención de riesgos laborales[78] y de políticas de igualdad de

[78] Más en concreto, en relación con los problemas de salud de las mujeres su atención en la negociación es absolutamente marginal, entre otros, Pérez del Río, T., "Diálogo social, negociación colectiva y género", op. cit., p. 466. Asimismo, Suárez Corujo, B., "La protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la negociación colectiva de ámbito estatal: un panorama desalentador", en VV.AA., La Prevención de los Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva, alcor de mgo, Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales

trato[79], no queremos ser demasiado optimistas en cuanto a los resultados que nos pueda deparar en un futuro. Y ello porque, como se ha sostenido, los sindicatos no han estado en este tema a la altura de las circunstancias, al menos no a la altura de lo que es dado esperar de ellos[80].

Teniendo en cuenta el planteamiento señalado, un primer e importante reflejo puede hallarse en el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía que lejos de dar la espalda a la realidad, contiene al menos una firme declaración de intenciones en esta línea, en cuanto hace una llamada a la negociación colectiva a fin de perfeccionar y desarrollar sus contenidos, con una mención específica a la prevención de riesgos laborales. Además, y por esta vía se podría contribuir a la implantación adecuada de este enfoque, se considera necesario potenciar cláusulas convencionales contra todo tipo de discriminación, en especial las relativas al género, promoviendo la inclusión en los convenios colectivos de las recomendaciones y orientaciones para la negociación colectiva, en orden a preservar la igualdad de oportunidades y la no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, suscritas en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía.

Por su parte, baste recordar que el ANC 2007, prorrogado para 2008[81], y en espera de ver lo que ocurre para el año en curso, aparte de algunos objetivos genéricos en relación con la relevancia de la negociación colectiva y el diálogo social en la promoción de la igualdad, asume como propio el objetivo tercero de la Estrategia Española, referente al fortalecimiento del papel de los interlocutores sociales y la implicación de empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, algo que debería tener reflejo en la negociación a niveles inferiores.

Para concluir, y al margen del espacio a cubrir por la negociación colectiva, donde un aspecto a cuidar sería el de la presencia de mujeres en las mesas negociadoras, tampoco debemos pasar por alto, dada la trascendencia que la

---

nº 8, 2007, pp. 82 ss. Con mayor amplitud, puede verse Serrano García, J., "Tratamiento de la mujer…", op. cit., pp. 759 ss.

[79] Por todos, Molina Navarrete, C., "El impacto laboral…", op. cit., p. 147. La doctrina concluye que "la salud laboral sexual no es, con mucho, la materia más y mejor tratada… No hay, en definitiva, una integración real y efectiva del principio de igualdad de trato por razón de sexo en esta materia", vid. Sánchez-Urán Azaña, Y., "Igualdad de género y salud laboral…", op. cit., p. 167, siendo el balance de la negociación estudiada sumamente decepcionante e insatisfactorio, p. 170.

[80] Molina Navarrete, C., "Política Andaluza de Prevención…", op. cit., p. 470.

[81] Resolución de 21 de diciembre de 2007 de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica y registra el Acta de Prórroga para el año 2008, del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007 (ANC 2007) y sus anexos (BOE 14 de enero).

participación de los trabajadores cobra en relación con las políticas preventivas, la conveniencia de implementar el grado de intervención e implicación de las trabajadoras en los órganos de representación especializada (delegados de prevención) y, consiguientemente, en los comités de seguridad y salud, de forma que ellas mismas pongan el acento y promuevan actuaciones o realicen propuestas en relación a temas de salud que específicamente les preocupen y les afecten[82].

[82] Se ha considerado que "las mujeres no están lo bastante representadas en la toma de decisiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo en todos los niveles. Deberían involucrarse más directamente, y las opiniones, experiencias, conocimientos y capacidades de las mujeres deberían reflejarse a la hora de formular y poner en práctica las estrategias de seguridad y salud en el trabajo" (nota informativa nº 42, Agencia Europea, citada). La creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo no parece corresponderse con su presencia y participación en las organizaciones sindicales y empresariales ni en la negociación colectiva, Casas Baamonde, M.E., "Transformaciones del trabajo…", op. cit., p. 101.

UNA ILUSIÓN FRUSTRADA: LA ANULACIÓN DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS GENERALES CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

EDUARDO ROMÁN VACA

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

EXTRACTO **Palabras Clave: Salud Laboral**

Fruto del Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral, suscrito por la Delegación de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla y las organizaciones sindicales CCOO y UGT, fue la aprobación del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral, que habría de regir todos los contratos de obra de adjudicación municipal.

El Pliego pretendía ser (y lo ha sido) un instrumento eficaz de lucha contra los accidentes de trabajo, a cuyo fin establecía una serie de obligaciones para las empresas adjudicatarias y, en su caso, para las subcontratas intervinientes. Contando con un Dictamen en líneas generales favorable del Consejo Consultivo de Andalucía, el Pliego fue objeto de recurso contencioso-administrativo por las organizaciones empresariales.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), en Sentencia de 3 de diciembre de 2008, ha acogido las pretensiones empresariales, anulando las principales previsiones de una de las más imaginativas respuestas públicas a la lacra social de los accidentes laborales.

ABASTRACT **Key Words: Occupational Health**

The General Administrative Clauses Document against Occupational Accidents was the result of the Agreement against Occupational Accidents, signed by the Employment Department of Seville City Council and trade union organisations CCOO and UGT, to rule over all services contracts appointed by the council.

The Document was intended as (and became) an efficient instrument to fight occupational accidents, establishing a number of obligations for the appointed undertakings and, given the case, subcontracted parties. With a generally positive Report from the Consultative Council of Andalusia, an administrative appeal was lodged against the Document by employers' organisations.

The Administrative Hall of the Supreme Court of Andalusia (Seville), in Ruling of 3 December 2008, accepted the employers' complaints, cancelling the main provisions of one of the most imaginative public responses to the social blight that are occupational accidents.

TEMAS LABORALES Vol. III. núm. 100/2009. Págs. 1.353-1.364.

ÍNDICE

1. Introducción
2. Contenido básico del acuerdo contra la siniestralidad laboral
3. Los motivos de la oposición empresarial
4. El rechazo judicial del pliego: la posición restrictiva del Tribunal Superior de Juticia frente a la mayor amplitud del consejo consultivo de Andalucía
5. Anexo. extracto de la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (sevilla) de 3 de diciembre de 2008

1. INTRODUCCIÓN

En el número 79 de esta misma revista publicamos un artículo bajo el título "El Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral en el Ayuntamiento de Sevilla. Un pequeño paso de gigante en materia de salud laboral". Se trata de un Acuerdo firmado en 2004 entre la Delegación de Empleo del Ayuntamiento (hoy Delegación de Economía y Empleo) de un lado y las organizaciones sindicales CCOO y UGT de otro. En virtud del mismo se aprobaba por la Junta de Gobierno municipal el "Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral", que contenía las prescripciones generales a incluir en los contratos de obra a realizar por el Ayuntamiento (en anexo se publicaba el contenido íntegro del Pliego).

El título de nuestro artículo no era baladí. Podía tratarse, por su propio ámbito territorial y funcional, de un pequeño paso, pero de gran relevancia por lo que soponía en la lucha contra la lacra de los accidentes laborales, así como por las expectativas que abría. Nuestra posición, obviamente, era de absoluto apego a dicho Acuerdo, apego no exento de motivaciones ideológicas (como es natural, pese a que algunos sostengan lo contrario, en todo estudioso de una rama cuyo máximo anhelo es la justicia).

Una reseña del acuerdo la publicamos en el número 22 de la revista Justicia Social (también aquí el título era significativo: "El Ayuntamiento de Sevilla apuesta por la salud laboral"). La reflexión final es fiel reflejo de lo dicho en el párrafo anterior: "Se trata el Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral de una iniciativa audaz, que pretende ir más allá de los mínimos exigidos por las normas legales y reglamentarias, digna de ser reiterada en otros municipios (y resto de Administraciones) y que, sin duda, puede acompañarse de otras medidas como, por ejemplo, … primar, en la contratación pública, a las empresas que se destaquen por respetar la normativa sobre salud laboral y presenten menos índices de siniestralidad … Todo ello en beneficio de los trabajadores y, por ende, de la sociedad en su conjunto".

El proyecto de Pliego fue sometido al Consejo Consultivo de Andalucía, que se ocupó del mismo en su Dictamen 146/2004, de 13 de mayo. El superior

órgano consultivo de la Comunidad Autónoma formuló una serie de recomendaciones, pero, en cualquier caso, avaló la pertinencia de la aprobación del Pliego. El contenido del Acuerdo y los pronunciamientos del Consejo fueron ampliamente expuestos en el artículo referido de esta misma revista.

El Pliego fue objeto de recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la Confederación Empresarial Sevillana (CES), la Asociación Empresarial Sevillana de Constructores y Promotores de Obras (GAESCO), la Federación Andaluza de Empresarios de la Construcción (FADECO CONTRATISTA) y la Federación de Empresarios del Metal de Sevilla (FEDEME).

Punto final hasta ahora de este caminar es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (Sevilla) de 3 de diciembre de 2008, que acoge las pretensiones empresariales, anulando algunas de las principales novedades del Pliego.

Consecuentemente con lo que antes hemos dicho, el pronunicamiento judicial nos parece un serio revés, en detrimento –porque ésa es para nosotros la fundamentación última del Acuerdo- de la cláusula constitucional de Estado social.

El presente trabajo pretende acercar al lector (que como hemos señalado dispone en esta misma revista del contenido del Pliego y del Dictamen del Consejo Consultivo) los razonamientos utilizados por el Tribunal, cotejando los mismos con los pronunciamientos previos del superior órgano consultivo, y así obtener algunas posibles consecuencias que, de seguro, le permitirán vislumbrar una cierta oposición entre dos concepciones distintas de la actuación pública.

2. CONTENIDO BÁSICO DEL ACUERDO CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL

Aunque el lector puede consultar el Pliego de Cláusulas Generales en el número 79 de Temas Laborales, conviene aquí exponer siquiera sea someramente su contenido, en particular en lo que hace a las cuestiones más controvertidas tratadas en la Sentencia de 3 de diciembre de 2008.

El Acuerdo tiene por ámbito las obras de adjudicación municipal, entendiendo el calificativo en sentido amplio, de forma que cubre todas aquellas obras en que interviene como adjudicante alguna de las siguientes entidades:

– El Ayuntamiento como tal.
– Las empresas municipales.
– Empresas cuyo capital corresponde mayoritariamente a la Corporación.
– Organismos autónomos municipales.

En punto al contenido del Pliego, han de destacarse tres aspectos:

a) que se establecen para las empresas adjudicatarias de las obras municipales.
b) Obligaciones que han de asumir las subcontratas que en su caso intervengan en la ejecución de tales obras.
c) Funciones de los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo del Ayuntamiento.

En cuanto a lo primero, las empresas adjudicatarias, en el supuesto de que hagan uso de sus facultades de subcontratación, han de "justificar suficientemente" su necesidad; deben en tal sentido informar con antelación, al organismo contratante, de toda subcontratación que pretendan efectuar "expresando los motivos que la hagan necesaria o conveniente".

En lo que se refiere a las empresas subcontratistas, se dispone que deberán contar, además de con personal suficiente, con un responsable de prevención si destacan en la obra a más de seis trabajadores.

Por lo demás, y para ambos tipos de empresa, se recuerda la prohibición de cesión de trabajadores; se insiste en la coordinación en materia preventiva; y se hace hincapié en la necesaria observancia tanto de las normas sobre representación y derechos colectivos, como de la normativa convencional que resulte de aplicación.

El incumplimiento por las empresas adjudicatarias de sus obligaciones puede conllevar la rescisión de la adjudicación. Los incumplimientos provenientes de las empresas subcontrativas facultarán, a la empresa adjudicataria, para la resolución de la subcontrata, de modo que, de no hacerlo así, el organismo de contratación podrá resolver la adjudicación:

> "En todos los contratos que el adjudicatario de la obra o los sucesivos subcontratistas suscriban para la ejecución de obras o servicios que fuesen objeto de cada uno de los contratos suscritos en virtud del presente pliego de cláusulas generales deberá incluirse, expresamente, que en el supuesto de incumplimiento por parte del subcontrtista de las obligaciones dimanantes del preente artículo, podrá llevarse a cabo la resolución del subcontrato por parte de la empresa principal. De no ser así el organismo contratante podrá resolver el contrato con la principal una vez constatado el incumplimiento".

Una última cuestión del Acuerdo nos interesa resaltar aquí: las organizaciones sindicales firmantes designarán unos representantes que, acreditados por la Delegación de Empleo, tendrán libre acceso a los centros de trabajo. Sus funciones son definidas de la siguiente forma: "Los representantes sindicales acreditados…complementarán la actuación de los delegados de prevención de riesgos laborales, ostentando para ello competencias y facultades análogas a las reconocidas legal y reglamentariamente a los mismos. Sus funciones serán las de seguimiento y control del proceso preventivo en el caso de contratas y subcontratas, convirtiéndose en facilitadores de la coordinación interempresa-

rial, articulando la prevención de riesgos de las subcontratas con los Comités de Seguridad y Salud y con los Delegados de Prevención, y asesorando técnicamente a éstos en el ejercicio de sus funciones". En el supuesto de que estos representantes sindicales constaten la existencia de graves riesgos para la salud de los trabajadores, "podrán proceder a la paralización de la actividad o tarea"; ello, sin embargo, se dispone con carácter subsidiario a la actuación de los agentes legalmente establecidos: "En todo caso, la actuación de los represetnantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo será complementaria de la labor de los delegados de prevención, pudiendo adoptar tal decisión ante la concurrencia de las excepcionales circunstancias a las que se refiere este apartado ante la inexistencia, ausencia o inactividad de éstos".

Hasta aquí el contenido del Acuerdo, al menos en lo que más nos interesa, pues, como ahora diremos, son justamente los puntos anteriores los más afectados por la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que viene a anular las previsiones citadas. De ello nos ocupamos a continuación, exponiendo primeramente los motivos del rechazo empresarial y, seguidamente, los pronunciamientos del Tribunal, cotejando sus escuetos razonamientos con la muy amplia en algunos casos argumentación del Consejo Consultivo de Andalucía, cuya posición es bien distinta a la sostenida por el órgano judicial.

3. LOS MOTIVOS DE LA OPOSICIÓN EMPRESARIAL

El Pliego de Cláusulas Administrativas Generales contra la Siniestralidad Laboral fue objeto de recurso, como dijimos, por cuatro organizaciones empresariales (CES, GAESCO, FADECO CONTRATISTA y FEDEME). Cuatro son también los puntos básicos atacados por estas asociaciones.

En primer lugar, y con carácter general, la competencia del Ayuntamiento de Sevilla para abordar la cuestión de la siniestralidad laboral.

Se rechaza también la exigencia de justificar la necesidad o conveniencia de proceder a la subcontratación, por estimar que ello contraría los requisitos legales que, para esta figura, exigen los artículos 115 y 116 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Se oponen en tercer lugar las asociaciones empresariales a la obligación, cuando la empresa subcontratista destaque a más de seis trabajadores en la obra, de designar un responsable de prevención, al considerar que esto supone una extralimitación legal o infracción de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Finalmente, muestran los recurrentes su rechazo a la existencia de los representantes sindicales acreditados, en tanto se crea un "cuerpo" con potestades exhorbitantes de control e inspección de las obras.

4. EL RECHAZO JUDICIAL DEL PLIEGO: LA POSICIÓN RESTRICTIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUTICIA FRENTE A LA MAYOR AMPLITUD DEL CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA

Los cuatro motivos de rechazo empresarial han sido acogidos por el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de 3 de diciembre de 2008, la cual, aunque por supuesto basada en fundamentos legales, resulta a nuestro juicio bastante menos argumentada que el Dictamen 146/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía.

En cuanto a la competencia municipal (incompencia más bien, habría que precisar) para abordar temas de prevención de la salud laboral, el Tribunal Superior de Justicia la trata en un razonamiento que no nos parece del todo desacertado. Nos dirá el órgano judicial que los Ayuntamientos, al aprobar los Pliegos de Cláusulas Generales, podrán completar y regular aspectos específicos de su ámbito que carezcan de regulación o desarrollo, "pero no contrariar o excederse en los límites establecidos en [las leyes]"; de ahí extrae como consecuencia que, "resultando loable el empeño municipal en contribuir a mejorar la siniestralidad laboral, toda la materia sobre prevencióin de riesgos laborales está expresamente regulada en la Legislación Básica Estatal y normas de desarrollo, y no existen normas específicas de carácter local, por lo que como afirman las Confederaciones actoras, la Administración Municipal carece de competencia objetiva para aprobar cláusulas que no se ajusten a las normas generales que regulan la Prevención de Riesgos".

Acierta el Tribunal en cuanto a que la Administración local no podrá aprobar cláusulas "que no se ajusten a las normas generales", contrariando o excediendo sus límites; otra cosa, naturalmente, supondría nada más y nada menos que contradecir el principio de legalidad.

Ahora bien, sostener que toda la materia de prevención está contenida en la legislación básica estatal y normas de desarrollo, equivale a conceder a aquélla una pretensión de completitud que no tiene. Las normas de prevención, y en especial la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no pretenden ser un campo cerrado, con vocación de derecho necesario absoluto, que no pueda no ya por supuesto ser empeorado, sino ni siquiera mejorado o complementado por otras vías, si se persiguen idénticos fines. A títulode ejemplo, baste dejar constancia aquí de que la propia Ley 31/1995 se declara derecho necesario mínimo, susceptible de ser mejorada (artículo 2.2).

Más acertado en este sentido nos parece el razonamiento del Consejo Consultivo de Andalucía, que, partiendo de que los pliegos no pueden contradecir normas de carácter imperativo, entiende que la inclusión de cláusulas sociales en los mismos viene aconsejada (y habría que pensar que demandada) por la propia Constitución:

"Hay que subrayar que es cada vez más frecuente la inserción de cláusulas sociales en la contratación pública, como no podía ser de otro modo en un Estado que se denomina social y democrático de Derecho. Y en lo que más directamente atañe al objeto de este dictamen, es de recordar que la Constitución impone a los poderes públicos, entre los que se encuentran las Entidades Locales, la obligación de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)".

En definitiva, pues, la configuración de España como Estado social (artículo 1.1 de la Constitución), y el deber que pesa sobre los poderes públicos de velar por la salud de los trabajadores (artículo 40.2), avalan para el superior órgano consultivo autonómico la actuación municipal, que antes que contrariar la normativa legal lo que viene a hacer, desarrollando el mandato constitucional, es complementarla cuando establece medidas adicionales a las legalmente previstas.

Siendo suficiente el argumento constitucional, tampoco sobra traer a colación las previsiones de nuestro Estatuto de Autonomía, que, reiterando el mandato de la norma constitucional, señala en su artículo 177 que las Administraciones públicas (y la municipal lo es) adoptarán, en el ámbito de sus competencias y en el marco de la contratación pública, medidas relativas a la salud laboral. Más ampliamente, el artículo 171.1 nos dirá que "la Administración púbica [insistimos: la local lo es] contribuirá a garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores, para lo cual diseñará instrumentos precisos de control y reducción de la siniestralidad laboral, así como mecanismos de inspección y prevención de los riesgos laborales".

En definitiva, pues, cuando los entes locales abordan materias de prevención están desarrollando funciones constitucionales –y en nuestro caso estatutarias-, ejerciendo por tanto competencias que les confiere la norma fundamental. No es en el Estatuto de los Trabajadores, o en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, donde hay que buscar la competencia municipal: ésta se encuentra en la misma cúspide del ordenamiento jurídico.

Sentada ya esa capacidad genérica de los entes municipales para tratar temas relacionados con la prevención laboral, la cuestión ahora es cómo lo ha hecho el Ayuntamiento de Sevilla.

El segundo motivo de rechazo empresarial hacía a la exigencia de justificar la necesidad o conveniencia de la subcontratación, figura cuyo abuso es señalado por las organizaciones sindicales como causa de buen número de accidentes de trabajo. De esta cuestión se ocupa el Tribunal Superior de Justicia de modo a nuestro juicio en exceso somero, entendiendo que lo dispuesto en el Acuerdo contra la Siniestralidad Laboral vulnera los artículos 115 y 116 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (que tratan justamente de las condiciones, circunstancias y requisitos de la subcontratación), "al alterar y regular de forma distinta los requisitos" establecidos.

No se detiene sin embargo el Tribunal en que el propio artículo 115.1 del Texto Refundido señala que podrá subcontratarse la realización de los contratos adjudicados "salvo que el contrato disponga lo contrario", inciso trascendente a nuestros efectos y que sí fue tenido en cuenta por el Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen 146/2004:

> "La subcontratación no es, como parecen entender las asociaciones empresariales alegantes, un derecho del contratista sobre el que no pueden establecerse ningunos condicionantes … El propio apartado 1 del artículo 115 es bien indicativo al respecto, al disponer que la concertación con terceros de la realización parcial del contrato es una posibilidad que puede actuarse «salvo que el contrato disponga lo contrario» o que «por su naturaleza y condiciones se deduzca que ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario»; entre estos dos extremos es donde precisamente pueden operar los pliegos con toda su virtualidad, aunque como ya se expuso no se pueden introducir en ellos condiciones desproporcionadas o extremas que no vengan exigidas por la finalidad a conseguir, lo que ciertamente iría en contra de la regulación de la subcontratación que efectúa el citado artículo 115 del Texto Refundido.
>
> En suma, la introducción del deber de información sobre el contrato a celebrar [por otra parte prevista en el art. 115.2.a)] y aportación de la documentación en el plazo de cinco días no es sino el complemento que los pliegos representan con respecto a la regulación legal, como también lo es el condicionante de la justificación suficiente, aunque éste no esté expresamente previsto en aquélla".

En otras palabras, y como dijimos en nuestro anterior trabajo en esta misma revista, "aun cuando se admitiera que esta práctica mercantil se encuentra avalada por la libertad de empresa que proclama el art. 38 de la Constitución, los arts. 1 y 9 del mismo texto –por no citar muchos otros- permiten establecer frenos a posibles abusos…La subcontratación no es un derecho absoluto, al punto de que no puedan disponerse límites o controles de ningún tipo". La propia ley se hace eco de lo anterior, permitiendo que el contrato (y en la celebración de un contrato deriva en suma el Pliego de Cláusulas Generales) establezca límites a la subcontratación; eso es lo que hizo el Ayuntamiento de Sevilla, por lo que mal puede decirse que su actuación contraviene precisamente la ley que le permite efectuarlo.

Uno de los principales motivos del rechazo empresarial al Pliego (y entramos ya en el tercero de los referidos) fue desde luego la intervención de los representantes sindicales acreditados por la Delegación de Empleo. El Tribunal Superior de Justicia, como ya hemos dicho, acoge la pretensión empresarial, al considerar que el Pliego va contra lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que ya establece órganos competentes para

la vigilancia y control, "por lo que el principio de legalidad se vería seriamente dañado como puso de manifiesto el propio Dictamen del Consejo Consultivo".

Esta última afirmación, sin embargo, no ha tenido en cuenta que el Consejo Consultivo analizó el proyecto originario del Pliego, cuya redacción era diferente a la definitiva. Efectivamente, el proyecto disponía que los representantes sindicales "ostentarán las competencias y facultades reconocidas legal y reglamentariamente a los delegados de prevención", asimilando pues esta figura a los órganos legales. Ante ello, el superior órgano consultivo aconsejó reelaborar el texto, de forma que "pueda ser concebido en este concreto aspecto como un complemento de la regulación legal y reglamentaria, salvando cualquier disfunción o conflicto que pudiera surgir con el añadido de nuevos representantes para la vigilancia y control de las medidas de seguridad, además de los que ya tienen específicamente establecidos los trabajadores, las Administraciones Públicas y el propio empresario". Y esto es lo que hace el Pliego, cuya redacción final varía de la originaria: en su versión definitiva se dice que los representantes sindicales complementarán la actuación de los delegados de prevención, asesorarán técnicamente a éstos y facilitarán la coordinación interempresarial (ciertamente también se indica que ostentarán competencias análogas a las de los delegados de prevención, algo que aunque huye de la mera equiparación es posible que suscite alguna duda o confusión).

En todo caso, y no produciéndose ya la simple y exacta equiparación que pretendía el proyecto originario, la cuestión debe ser analizada a nuestro entender a la luz de una acertada consideración del Consejo Consultivo: "Obviamente tales pliegos no podrán contradecir normas imperativas, como tampoco podrán, aun actuando en el campo del Derecho dispositivo, introducir obligaciones y consecuencias jurídicas desproporcionadas o arbitrarias, que ciertamente incidirían negativamente sobre quienes aspiran legítimamente a contratar con las Administraciones Públicas y hoy en día son colaboradores imprescindibles para la obtención y gestión de bienes y servicios públicos".

Aplicado este razonamiento, hay que decir que, en línea de principio, no cabe sostener sin más que un complemento a la actuación legal (que no mera duplicidad de los mecanismos legales) sea desproporcionado (no parece que sea desproporcionado ningún complemento cuando de lo que se trata es de salvar vidas humanas).

Mucho más cabe afirmar lo anterior cuando la medida en cuestión no supone coste alguno para la empresa.

Finalmente, y dado que los representantes sindicales han de actuar como complemento, sin que quepa equipararlos sin más a los órganos legales de prevención, cabría poner en cuestión dotarlos, aun con carácter subsidiario, de la capacidad de la paralización de los trabajos. Pero, de considerarse así, estúdiese este concreto aspecto; o exíjase incluso –en virtud del principio de segu-

ridad jurídica- una mayor precisión en la definición de sus tareas de complemento, reprochándose el calificativo de "analógas" a las de los delegados de prevención de sus funciones; pero en ningún caso niéguese sin más la posibilidad de establecer complementos que, en definitiva, coadyuvarán a la cabal aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Una última cuestión nos queda por tratar: la obligación que pesa sobre los subcontratistas, cuando destaquen a más de seis trabajadores en la obra, de designar un responsable específico encargado de la coordinación en materia preventiva con la empresa principal.

Aquí el rechazo del Tribunal Superior de Justicia se basa en la misma argumentación dada frente a la necesidad de justificar la subcontratación: se regulan condiciones no previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, si como vimos el artículo 115.1 del Texto Refundido permitiría incluso excepcionar la subcontratación de los contratos adjudicados, haciéndola imposible, ¿no cabría una interpretación ("Quien puede lo más puede lo menos") que conduzca a la licitud de establecer limitaciones?; si se puede, como cláusulas sociales, exigir determinados requisitos a los contratistas, ¿no se pueden exigir también a los subcontratistas?

De admitirse una interpretación más amplia en cuanto a posibles exigencias a las subcontratas, la cuestión entonces se desplazaría, como antes, a si esas exigencias son desproporcionadas o arbitrarias, lo que en este caso habría de ser analizado teniendo en cuenta, entre otros factores, los siguientes:

a) La Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé la coordinación de las empresas que desarrollen su labor en un mismo centro de trabajo, o que el empresario principal vigile el cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención (artículo 24, apartados 1 y 3).
b) Ya existen en la obra órganos legales de prevención.

A la actuación de los anteriores ha de sumarse la de los representantes sindicales acreditados en su labor de complemento.

La Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontraación en el sector de la construcción, exige explícitamente a las subcontratas contar con recursos humanos con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como una organización preventiva adecuada [artículo 4.2.c)].

Aquí sí parece desprenderse un coste adicional para el subcontratista.

Tal vez la consideración conjunta de todos estos parámetros pueda llevar a que la concreta exigencia de que nos estamos ocupando resulta desproporcionada, pero ello requeriría en todo caso una mayor profundidad en el argumento judicial.

Una vez visto cómo el Tribunal Superior de Justicia ha analizado, acogiéndolos, los cuatro motivos de oposición empresarial, creemos puede sostenerse

que existen motivos suficientes para discrepar en líneas generales de lo resuelto. La cuestión de fondo debe quedar por tanto abierta, lo que lanza un reto a la doctrina: el de seguir estudiando el tema a fin de dotar de –aun mayores, pues ya existen- argumentos jurídicos a las entidades públicas para abordar la prevención en riesgos laborales. Frente a las –sesgadas- críticas a los investigadores de que su esfuerzo es muchas veces en exceso teórico, sin efectividad práctica y alejado de la realidad, nunca mejor respuesta que profundizar en una cuestión de la que depende la salud e incluso la vida de los trabajadores. El trabajo podrá seguir siendo considerado por algunos una maldición bíblica (maldición que de seguro quisieran pesara sobre ellos los tres millones de parados existentes en nuestro país), pero desde luego nunca como una condena a muerte.

Como última reflexión, ésta dirigida a los poderes públicos, convendría decir a las Administraciones en general que, pese al resvés que puede suponer la sentencia que comentamos, no debe decaer su ánimo en la búsqueda de fórmulas imaginativas en pro de la salud laboral (incluso reiterando lo aprobado en su día por el Ayuntamiento de Sevilla, con las oportunas matizaciones, y a la espera de futuros pronunciamientos judiciales). Lo contrario, además de una dejación de funciones, sería rehuir la obligación que les imponen, por todos, los artículos 1 y 9 de la Constitución.

5. ANEXO. EXTRACTO DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (SEVILLA) DE 3 DE DICIEMBRE DE 2008

Fundamento Jurídico Tercero. … Aceptando la tesis municipal, de que la Junta de Gobierno es el órgano que legalmente tiene asignada la competencia en materia contractual y que al amparo del art. 48 [del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Púbicas] puede en su caso aprobar Pliegos Generales, debe hacerlo según el artículo, ajustándose en su contenido a los preceptos de esta Ley y de sus disposiciones de desarrollo, añadiendo el párrafo tercero, que dicha aprobación se hará de acuerdo con sus normas específicas. Es decir, podrá con dicha aprobación completar y regular los aspectos específicos de su ámbito local y que carezcan de regulación o desarrollo en otras Leyes, pero no contrariar o excederse en los límties establecidos en aquellas. Así resultando loable el empeño municipal en contribuir a mejorar la siniestralidad laboral, toda la materia sobre prevención de riesgos laborales está expresamente regulada en la Legislación Básica Estatal y normas de desarrollo, y no existen normas específicas de carácter local, por lo que como afirman las Confederaciones actoras, la Administración Municipal carece de competencia

objetiva para aprobar cláusulas que no se ajusten a las normas generales que regulan la Prevención de Riesgos.

Además y refiriéndonos concretamente a las cláusulas impugnadas el art. 1.2.a) vulnera en efecto los arts. 115 y 116 de la Ley de Contatos, no respetando por tanto el límite del art. 48 de la Ley al alterar y regular de forma distinta los requisitos para la subcontratación.

El art. 1.2.d) incurre en la misma infracción, al exigir al subcontratista, con el que ninguna relación tiene la Administración, un responsable en materia de seguridad y prevención no previsto en la Ley. Y no digamos del art. 3 del Pliego sobre las competencias de los responsables sindicales acreditados por la Delegación de Empleo, en contra de la Ley de Prevención de Riesgos que reserva dichas competencias de vigilancia y control a los Delegados de Prevención, Coordinadores, Inspectores, Dirección Facultativa, etc., por lo que el principio de legalidad se vería seriamente dañado como puso de manifiesto el propio Dictamen del Consejo Consultivo.

Fundamento Jurídico Cuarto. Debemos concluir que como el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales aprobado por la Junta de Gobierno (y concretamente los arts. 1.2.a); 1.2.d) y 3) no respeta los límites del art. 48, y además la Administración Local carece de competencia objetiva para regular ex novo aspectos de dicha materia, pues los aspectos regulados no se refieren a su normativa específica de ámbito local sino a la prevención de riesgos regulada en la normativa básica estatal, entendemos que dichas cláusulas han vulnerado el principio de legalidad y por tanto son nulas de pleno derecho.

POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

La política de empleo andaluza y su integración en el marco europeo y nacional
Rosa Quesada Segura

Las políticas públicas de formación profesional en Andalucía ante los nuevos cambios
María García Valverde
Carolina Serrano Falcón

Dialogo social y negociación colectiva en Andalucía: una óptica de género. Los planes de igualdad en las empresas en el ámbito andaluz
Teresa Pérez del Río

Acoso laboral y negociación colectiva en Andalucía
Juan Gorelli Hernández

Contratación temporal estructural en la negociación colectiva andaluza
Sebastián de Soto Rioja

Ordenación y estructura salarial en la negociación colectiva Andalucía
Miguel Ángel Almendros González

La inserción laboral de los titulados universitarios: un análisis crítico-credencialista y consideraciones dimanantes del espacio europeo de enseñanza superior
Francisco Alemán Páez

Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía
Rafael Gómez Gordillo

El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada: ley y negociación colectiva en Andalucía
Fernando Elorza Guerrero

El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto1382/1985
María José Rodríguez Ramos

Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas Andaluzas
Pedro Gómez Caballero

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Política andaluza sobre seguridad y salud en el trabajo
Carmen Sáez Lara

La política andaluza de prevención de riesgos psicosociales: hacia un paradigma de cultura promocional
Cristóbal Molina Navarrete

Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía
Mª Teresa Igartua Miró

Una ilusión frustrada: la anulación del pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla
Eduardo Román Vaca

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

JUNTA DE ANDALUCIA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO