

# TEMAS LABORALES

100/2009

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

Monográfico Especial sobre  
las Relaciones Laborales en Andalucía

Volumen II

# 100



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
**CONSEJERÍA DE EMPLEO**



---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**100**

Vol. II

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

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

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Consejero de Empleo

### VOCALES

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

### COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	
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 Sevilla

### 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](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DISEÑO: PORVENIR 10 Comunicación Visual  
y Multimedia, S.L.

CONSEJERÍA DE EMPLEO  
JUNTA DE ANDALUCÍA

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	
<b>1. ESTUDIOS GENERALES</b>	
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	
<b>2. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA</b>	
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 M <sup>a</sup> 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	
<b>3. PROTECCIÓN SOCIAL</b>	
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	
<b>4. RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO</b>	
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
M <sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA	
Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico español . . . . .	575
JAVIER CALVO GALLEGO	

Índice	389
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
M <sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES ANTONIO COSTA REYES	
Quince años de elecciones sindicales en Andalucía. . . . .	781
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	
<b>5. POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO</b>	
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 Decreto 1382/1985 . . . . .	1.181
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	
Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas Andaluzas . . . . .	1.221
PEDRO GÓMEZ CABALLERO	
<b>6. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES</b>	
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
M <sup>a</sup> 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 en 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](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto: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/!stContenidos.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	
<b>1. GENERAL STUDIES</b>	
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	
<b>2. DISTRIBUTION OF COMPETENCES BETWEEN THE STATE AND THE AUTONOMOUS COMMUNITIES</b>	
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 M <sup>a</sup> 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	
<b>3. SOCIAL PROTECTION</b>	
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	
<b>4. COLLECTIVE INDUSTRIAL RELATIONS</b>	
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
M <sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA	
Institutional participation law and industrial relations committees in the current Spanish autonomic map . . . . .	575
JAVIER CALVO GALLEGO	

Índice	395
Experience in bargaining as a facilitator in mediation processes . . . JIMENA RAMÍREZ-MARTÍN FRANCISCO J. MEDINA LOURDES MUNDUATE JACA	613
Problems regarding the collective bargaining structure in Spain . . . FEDERICO NAVARRO NIETO	629
Collective bargaining in the doctrine of the Supreme Court of Andalusia . . . . . MANUEL CORREA CARRASCO	663
The structure of collective bargaining in the Andalusian Public Administration . . . . . INMACULADA MARÍN ALONSO	703
Articulated collective bargaining experiences in Andalusia: wood sector and hotel and restaurant trade . . . . . M <sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES ANTONIO COSTA REYES	735
Fifteen years of union elections in Andalusia . . . . . FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	781
<b>5. EMPLOYMENT POLICY AND INDIVIDUAL EMPLOY- MENT RELATIONS</b>	
Employment policy in Andalusia and its integration within the European and national framework . . . . . ROSA QUESADA SEGURA	819
Public policy on professional training in Andalusia in view of the new changes . . . . . MARÍA GARCÍA VALVERDE CAROLINA SERRANO FALCÓN	841
Social dialogue and collective bargaining in Andalusia: a gender perspective. Equality plans in the Andalusian undertakings . . . . . TERESA PÉREZ DEL RÍO	879
Harassment and collective bargaining in Andalusia . . . . . JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	923
Structural fixed-term contracting in andalusian collective bargaining . . . SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	967

Wage structure and regulation in collective bargaining in Andalusia . . . MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	1.021
Labour integration of university graduates: a critical-credentialist analysis and considerations stemming from the European higher education space . . . . . FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ	1.061
Productive decentralisation in collective bargaining in Andalusia . . RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	1.105
Older workers keeping employment: law and collective bargaining in Andalusia . . . . . FERNANDO ELORZA GUERRERO	1.147
Public managerial staff: an enlargement of the subjective scope of Royal Decree 1382/1985 . . . . . MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	1.181
Industrial relations of staff at the service of Public Universities in Andalusia . . . . . PEDRO GÓMEZ CABALLERO	1.221
<b>6. OCCUPATIONAL RISK PREVENTION</b>	
Andalusian policy on safety and health at work . . . . . CARMEN SÁEZ LARA	1.265
Andalusian psychosocial risk prevention policy: towards a promotional culture paradigm. . . . . CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	1.293
Gender approach to occupational risk prevention in Andalusia . . . . M <sup>a</sup> TERESA IGARTUA MIRÓ	1.313
A frustrated hope: the overturning of the general administrative clauses document against occupational accidents at Seville City Council . . . . . EDUARDO ROMÁN VACA	1.353

---

La protección a la dependencia  
en Andalucía





# LA PROTECCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Dependencia, Andalucía**

El Sistema para la Autonomía y Atención y Atención a la Dependencia no ha supuesto el inicio de la protección de las situaciones de dependencia, sino que junto a las prestaciones previstas en el Sistema de Seguridad Social, ya había un entramado protector a cargo de las Comunidades Autónomas, marco regulador que sigue operando. Este estudio analiza este doble canal de cobertura en Andalucía. De una parte, la normativa autonómica anterior a la Ley 39/2006 (externo al sistema nacional de dependencia). De otra, el desarrollo que de la nueva Ley ha tenido lugar en Andalucía.

El sistema andaluz de protección de la dependencia, cuyo fundamento se sitúa en el nuevo Estatuto de Autonomía (extraordinariamente sensible a atención a las situaciones de dependencia, aludiendo a la misma en los arts. 10.3.15º; 24 y 37.4) no está desarrollado. Este sistema propio puede concretarse en una Ley andaluza de protección de la dependencia, aunque por el momento no hay iniciativa parlamentaria al respecto. Igualmente, tendrá su plasmación en una nueva estructura administrativa, con la futura creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía, y en tanto se ponga marcha hay que estar a la Secretaría General para la atención a la dependencia (introducida en diciembre de 2008).

## ABSTRACT

**Key Words: Dependency, Andalusia**

The System for Autonomy and Dependency Assistance hasn't been the start of protection in dependency situations. A protecting fabric in place by the Autonomous Communities, a regulating framework that is still in place, works together with the benefits established by the Social Security System. This study analyses the double channel to cover dependency in Andalusia. On the one hand, regional regulation enforced prior to Law 39/2006 (external to the national dependency system). On the other, the development of Law 39/2006 in Andalusia in compliance with the provisions established therein, and in the framework of the Territorial Council of the System for Autonomy and Dependency Assistance.

The Andalusian system to protect dependency, based on the new Statute for Autonomy (sensitive to the assistance of dependency situations, with express mentions in arts. 10.3.15; 24 and 37.4), isn't developed yet. This system could become consolidated through an Andalusian law on the protection of dependency, although there is no parliamentary initiative to this regard until now. Similarly, it will be set within a new administrative structure through the future creation of the Andalusian Dependency Assistance Agency; in the meantime, there is the Secretariat General for dependency assistance (introduced in December 2008).

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COBERTURA ANDALUZA EXTERNA AL SISTEMA NACIONAL DE DEPENDENCIA
  - 2.1. Consideraciones generales
    - 2.1.1. Marco normativo
    - 2.1.2. La protección de la dependencia externa a la Ley 39/2006
  - 2.2. Los servicios sociales comunitarios
    - 2.2.1. El servicio de ayuda a domicilio (SAD)
    - 2.2.2. El servicio andaluz de teleasistencia
  - 2.3. Los servicios sociales especializados
    - 2.3.1. Atención a las personas mayores
    - 2.3.2. Atención a personas con discapacidad
  - 2.4. Las políticas de Bienestar Social y la coordinación socio-sanitaria (los planes de actuación integral)
  - 2.5. Programas en favor del envejecimiento activo
    - 2.5.1. La prevención de la dependencia
    - 2.5.2. La promoción de la autonomía personal
  - 2.6. La atención a los cuidadores
    - 2.6.1. Ayudas de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social
    - 2.6.2. Medidas de la Consejería de Salud
    - 2.6.3. Medidas de la Consejería de Empleo
  - 2.7. La organización administrativa. La Agencia para la Atención a la dependencia en Andalucía
3. LA APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LA LEY 39/2006 EN ANDALUCÍA
  - 3.1. La aplicación del SND en Andalucía
  - 3.2. Cuadro normativo de desarrollo
  - 3.3. Reconocimiento del grado y del derecho a las prestaciones del SND
    - 3.3.1. Fase del reconocimiento de la situación de dependencia
    - 3.3.2. Fase de reconocimiento del derecho a los servicios o prestaciones del Sistema (Programa Individual de Atención, PIA)
  - 3.4. Servicios y prestaciones según el grado de dependencia
    - 3.4.1. Intensidad de los servicios de atención a las situaciones de dependencia
    - 3.4.2. Prestaciones y ayudas económicas
  - 3.5. Adecuación de la Inspección de Servicios Sociales

## 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, ha significado la puesta en marcha del llamado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SND), un sistema que debe considerarse inserto dentro del Sistema de Protección Social (como marco general que expresa unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales)<sup>1</sup>, pero

<sup>1</sup> Gonzalo González, B.: "Presentación" al *Código de Protección Social*, MTSS, Madrid, 1995, pág. 10. Sobre el alcance de dicho concepto, véase Alarcón Caracuel, M.R.: "Hacia el

que desde un punto de vista institucional y funcional es independiente del Sistema de Seguridad Social (aunque desde el punto de vista jurídico-material puede considerarse Seguridad Social)<sup>2</sup>.

El SND se apoya en buena medida sobre las estructuras socio-sanitarias preexistentes, estructuras que en nuestro país están fuertemente descentralizadas territorialmente. Así, por un lado, se asienta sobre el entramado que ya venía cubriendo esa necesidad social, red iba desde la desvertebrada ayuda institucional prestada por los más variados organismos (incluyendo obviamente la Administración autonómica), como por el tradicional cuidado a cargo de la familia, las residencias de iniciativa privada, hasta llegar al aseguramiento privado, pasando por las prestaciones que igualmente contemplaba la acción protectora del Sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>. Y por otro lado, la Ley articula diversos niveles de protección que se vinculan a las Administraciones competentes (artículo 7), exigiendo un desarrollo normativo autonómico en numerosos aspectos<sup>4</sup>.

De este modo, la cobertura de la dependencia sigue residenciándose en buena medida en las Comunidades Autónomas (y en la Administración Local)<sup>5</sup>.

---

Derecho de la Protección Social”, en López López, J. (Coord.), *Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 11-34. Como es sabido, se trata de una construcción en la que sí tendrán cabida las formas públicas y las privadas, tanto de carácter contributivo como de carácter asistencial (Borrajó Dacruz, E.: “De la Previsión Social a la Protección Social en España: Bases Histórico-Constitucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, pág. 13).

<sup>2</sup> Es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo-institucional de la Seguridad Social (Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida, Maldonado Molina y González De Patto, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, pág. 65). Así, en palabras de Cabeza Pereiro, “todo este entramado de servicios y prestaciones” debe entenderse que es “interno al sistema de de Seguridad Social” (Cabeza Pereiro, “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006, pág. 528).

<sup>3</sup> Maldonado Molina, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 27.

<sup>4</sup> Al margen del nivel complementario que estaría formado por el aseguramiento privado, hay que estar a tres niveles: el nivel de protección mínimo, que lo asume la Administración del Estado, como condición básica de garantía de este derecho para todos los ciudadanos de España (art. 9); un segundo nivel de protección asumido a través de la cooperación que se acuerde entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que ampliara el ámbito de cobertura de las prestaciones y servicios para las personas dependientes de ese territorio (art. 10); y un tercer nivel adicional de protección que asume, en su caso y en exclusiva, cada Comunidad Autónoma (art. 11.2).

<sup>5</sup> Las Corporaciones Locales participarán en la gestión de acuerdo con la normativa autonómica y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.

No se ha creado un sistema completamente “ex novo” (formalmente sí), sino que con objeto de facilitar su articulación, se optó por esta vía, en la que se aprovechan estructuras preexistentes, se articula un sistema de coordinación de las mismas, y se comprometen a las diferentes Administraciones en su financiación. El resultado de esta fórmula es el enorme desequilibrio con que se está implantando la Ley de Dependencia, pudiendo afirmarse que se han creado diecisiete subsistemas de protección de la dependencia, lo que no hubiera sucedido si se hubiera optado por incardinarlo dentro del Sistema de Seguridad Social<sup>6</sup>. Se ha sacrificado la uniformidad en la cobertura a cambio de que no se dilatará la puesta en marcha del Sistema, y de que su financiación se desligará del Sistema de Seguridad Social (con un eventual incremento de cuotas)<sup>7</sup>.

En consecuencia, la Ley 39/2006 deja en manos de las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de parte del sistema. No se trata de una mera ejecución de normas estatales, sino que por un lado puede materializarse en una normativa autonómica en la materia (incluyendo una Ley de dependencia autonómica), y por otro en el desarrollo normativo de las cuestiones en las que la Ley 39/2006 llama al legislador autonómico. Veamos el estado de ambos aspectos en nuestra Comunidad.

<sup>6</sup> Un completo análisis de las consecuencias competenciales de esta opción desde el punto de vista de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, en Alarcón Caracul, “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, págs. 125 y ss.

<sup>7</sup> En efecto, a la hora de diseñar el modelo protector de la dependencia en España, había dos grandes alternativas: bien incardinarla dentro del Sistema de Seguridad Social, bien crear “ad hoc” un nuevo Sistema de protección universal. Pues bien, hasta diciembre de 2005 no hay ningún documento que de forma clara opte por la segunda opción. Hasta esa fecha, la mayor parte de las instancias no dudaban de que debía incardinarse dentro del Sistema de Seguridad Social. El Libro Blanco de Atención a las Personas en Situación de Dependencia en España (diciembre de 2004) admitía estas dos opciones, y el «Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia» (firmado por CC.OO., UGT, CEPYME, CEOE, y el MTAS), de 21 de diciembre de 2005, apostó por «impulsar un Sistema Nacional de Dependencia mediante una ley que tendrá la condición de norma básica». Siguiendo ese Acuerdo social, ya desde el Anteproyecto de Ley se optó por creación “ex novo” del Sistema Nacional de Dependencia”, cambiando de rumbo, y apartándose de lo que había sido la consolidada experiencia comparada, en la que sistemas similares al nuestro habían optado por un modelo de financiación contributiva (modelo alemán), o presupuestaria pero centralizado (modelo francés de 2001, que corrigió el asistencial descentralizado de 1997).

## 2. LA COBERTURA ANDALUZA EXTERNA AL SISTEMA NACIONAL DE DEPENDENCIA

### 2.1. Consideraciones generales

#### 2.1.1. *Marco normativo*

El nuevo Estatuto de Andalucía, aprobado por LO 2/2007, ha sido extraordinariamente sensible a la atención de las situaciones de dependencia, reconociendo como uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma “la especial atención a las personas en situación de dependencia” (art. 10.3.15º), incluyendo además un precepto expresamente relativo a tales personas, en el que se declara que “las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social” (art. 24). Igualmente, en su artículo 37 num. 4, se recoge como uno de los principios rectores de las políticas públicas “La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida”. Sin embargo, por el momento no se ha hecho ninguna iniciativa parlamentaria en ese sentido.

Así, y a diferencia de otras Comunidades, Andalucía no cuenta con una Ley de protección de dependencia, aunque parece que hay una voluntad política de que se elabore en esta legislatura. Y es que la Comunidad andaluza no solo participa en el desarrollo de la ley estatal, sino que podría elaborar su propio desarrollo normativo y de recursos, incluyendo una Ley autonómica de protección de las situaciones de dependencia, con objeto de no solo desarrollar plenamente la estatal, sino complementarla con medidas propias<sup>8</sup>. Sin embargo, no puede afirmarse que actualmente exista un sistema andaluz de protección de la dependencia.

<sup>8</sup> Esta Ley inevitablemente debería partir de la cooperación entre la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales, dado que buena parte de la red de servicios sociales andaluza se sitúa en la esfera local, lo que conllevará una delimitación de competencias que tenga como principal objetivo el dotar de un marco homogéneo e igualitario al diverso panorama actual. Serán los servicios sociales comunitarios municipales los que, una vez se haya resuelto el expediente de reconocimiento de la dependencia, deben asumir el seguimiento de la prestación del servicio que el sistema público debe garantizar al usuario, a partir del programa individual de atención en coordinación con los servicios sanitarios. Esta línea es la que recomienda el Defensor del Pueblo Andaluz, en el Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz, relativo a la situación de las personas mayores dependientes en Andalucía Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 25, de 2 de junio de 2008.

### 2.1.2. *La protección de la dependencia externa a la Ley 39/2006*

Desde un punto de vista estadístico, es innegable que Andalucía ha destacado respecto del conjunto de Comunidades en la puesta en marcha del SND. Sin ánimo de valorar todas las causas que determinan tanto el elevado número de expedientes registradas en Andalucía, como el bajo de otras Comunidades, parece claro que a la pronta puesta en marcha de las previsiones de la Ley 39/2006 ha contribuido el que en esta Comunidad se contara con una red de cobertura que incluía parte de los dispositivos y mecanismos contemplados por la nueva Ley.

Algunos de estos mecanismos se han adecuados a la Ley de Dependencia, pero otros ya venían actuando desde hace unos años y siguen haciéndolo de forma independiente al nuevo Sistema Nacional, en el marco de los servicios sociales comunitarios y especializados. En este sentido, uno de los motivos de esta ventaja de partida se encuentra en la coordinación de los servicios socio-sanitarios, coordinación que ha venido de la mano de las políticas de Bienestar Social acometidas desde 2004.

En este sentido, es conveniente partir de una pequeña reseña de cómo ha sido la evolución de las políticas sociales en Andalucía en el marco estatutario. Tales políticas han experimentado una considerable expansión desde que en 1981 se aprobara el Estatuto autonómico, aunque este proceso no ha sido constante, sino que pueden señalarse dos grandes hitos que supusieron un punto de inflexión en su desarrollo:

a) Por un lado, la aprobación de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, que además de sentar las bases de lo que sería un sistema de servicios sociales andaluz, abrió la puerta a una serie de actuaciones que van más allá de lo que se han venido considerando como servicios sociales, a través de “ayudas extraordinarias” (que en algunos casos han pasado a ser, de facto, ordinarias)<sup>9</sup>. Al desarrollo que tuvo lugar a partir de ese momento, contribuyó sin duda el hecho de que desde 1990 y hasta 2004 funcionara una Consejería específica dedicada a los Asuntos Sociales (con un paréntesis de dos años).

<sup>9</sup> La Ley 2/1988, tras regular los servicios sociales comunitarios y especializados, en el Capítulo V contempla la posibilidad de que el Sistema de Servicios Sociales articule prestaciones económicas distintas a las anteriores. Así, el artículo 14 permite que el Consejo de Gobierno de la Junta pueda establecer prestaciones económicas (al margen de la gestión de las prestaciones económicas de carácter periódico que han sido transferidas a la Comunidad): bien prestaciones económicas periódicas para aquellas personas que, por su situación socioeconómica, no puedan atender a sus necesidades básicas de subsistencia; bien prestaciones económicas de carácter no periódico a quienes se hallen en situación de extrema necesidad probada.

Esta habilitación para intervenir con carácter extraordinario se usó al poco tiempo de la entrada en vigor de la Ley 2/1988, y así en 1989 se aprobó un Decreto por el que se establecían

b) Junto a esta doble línea de actuación derivada de la Ley de Servicios Sociales (servicios sociales y ayudas extraordinarias), hay otro hito que marcó una tercera vía, que fue la reestructuración Departamental acometida en la VII Legislatura, en 2004, con la creación de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, en la que se fortalecen las políticas sociales que no se limitan a actuar como ayudas de orden público ante situaciones de necesidad (estrictamente asuntos sociales), sino que se promueven actuaciones sociales de bienestar social en sentido amplio.

De estos tres vectores de desarrollo de las políticas sociales en Andalucía (servicios sociales, ayudas extraordinarias y políticas de bienestar social), dos han incluido actuaciones que –de modo directo o indirecto- inciden en la cobertura de las situaciones de dependencia. Veámoslas.

## 2.2. Los servicios sociales comunitarios

En su actuación, los servicios sociales se clasifican en dos grandes modalidades: servicios sociales comunitarios; y servicios sociales especializados. Lo cierto es que no es fácil distinguir conceptualmente los servicios sociales comunitarios de los especializados, ya que aunque la Ley 2/1988 indique que los especializados son los destinados a sectores determinados de la población, el criterio subjetivo no es determinante, dado que dentro de los servicios comunitarios se contemplan prestaciones básicas que solo operan para sectores concretos, y el tipo de prestaciones no tienen una identidad propia de cada nivel<sup>10</sup>. El criterio distintivo debe buscarse tanto en el alcance de la interven-

---

ayudas económicas complementarias de carácter extraordinario a los beneficiarios de las ayudas prevista en la LISMI (ayudas que se retomaron en 1993 y desde entonces y hasta ahora se han mantenido). Esta primera norma no generó ningún problema competencial con el Gobierno central, podríamos decir que pasó inadvertida. Sin embargo, no sucedió lo mismo con las siguientes ocasiones en que se usó este cauce del artículo 14, y que fue con ayudas extraordinarias para los perceptores de pensiones no contributivas. En este caso, las ayudas previstas originaron una Cuestión constitucional de competencia, que el TC resolvió a favor de la Comunidad Andaluza (ayudas previstas para 1999, y desde 2003 hasta la actualidad). Y este mismo cauce volvió a usarse nuevamente para las pensiones de viudedad cuya cuantía determinara la percepción de complementos por mínimos (pero solo para los ejercicios 2004 y 2005). Junto a ellos, también se ha empleado para pensionistas del Fondo de la Seguridad Social de Gibraltar.

<sup>10</sup> Así, normas sectoriales andaluzas como son la Ley 1/1999, de atención a las Personas con Discapacidad, o la Ley 6/1999, de atención y protección a las Personas Mayores, recogen en su articulado un precepto específico relativo a los servicios sociales comunitarios (arts. 29 Ley 1/1999 y 11 Ley 6/1999). Las áreas de actuación de los Servicios Sociales Comunitarios (art. 6 de la Ley 2/1988), su carácter universal y globalizador, hace destinatarios de las mismas a los ciudadanos en general o a colectivos sociales con necesidades específicas, como son la familia; menores; personas mayores; personas con discapacidad; drogodependientes; emigrantes temporeros; inmigrantes extranjeros; comunidad gitana; exreclusos; marginados sin hogar y aquellos otros sectores que requieran, de forma diferenciada, una intervención social de carácter comunitario.

ción (no sobre quién se recaee), siendo un “primer nivel de actuación”, como en la entidad interviniente, que en numerosas ocasiones no puede ser el Municipio (suele ser comarcal o regional, salvo grandes Municipios), de tal suerte que cuando se distingue entre servicios sociales comunitarios y especiales, se vienen a delimitar las competencias de la entidad pública que actúa.

Pues bien, la atención a las situaciones de dependencia se ha incluido dentro de los Servicios Sociales Comunitarios.

Constituyen el primer nivel de actuación, y en este sentido son la estructura básica de cobertura. La gestión de los servicios sociales comunitarios es fundamentalmente municipal. El propio Estatuto de Autonomía andaluz, en su artículo 92.2, al enumerar las materias que son competencia de los Ayuntamientos, incluye en su letra c) la gestión de los servicios sociales comunitarios. Dentro de estos servicios hay algunos tan importantes como el Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) y una de sus modalidades, la teleasistencia<sup>11</sup>.

### 2.2.1. *El servicio de ayuda a domicilio (SAD)*

En Andalucía, el SAD ha sido una de las prestaciones básicas con mayor desarrollo normativo. De forma singularizada se reguló por vez primera en la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales, de 22 de octubre de 1996 (ya derogada), y ya se incluía como prestación básica en el artículo 4 del Decreto 11/1992, de 28 de enero, por el que se establecen la naturaleza y prestaciones básicas. Junto a estas normas, también debía estarse a la Orden de 10 de enero de 2002, que regula una de las modalidades de SAD: la teleasistencia.

Las previsiones de la Ley 39/2006 respecto del SAD, se han materializado en una nueva Orden reguladora del SAD en la Comunidad Autónoma de Andalucía: la Orden de 15 de noviembre de 2007, que configura al SAD como algo distinto de la tradicional “prestación básica de los servicios sociales comunitarios”<sup>12</sup>.

Esta nueva Orden unifica en la misma la ayuda a domicilio como prestación básica de los Servicios Sociales Comunitarios, y la derivada de la Ley 39/2006, aunque en algunas ocasiones se sigue distinguiendo entre ambas, fundamentalmente en tres aspectos: el acceso, la financiación y la habilitación

<sup>11</sup> Junto a ellas, se incluye la primera instancia de cobertura que sería el Servicio de Información, Valoración, Orientación y Asesoramiento (SIVO). Y otros que han alcanzado un menor desarrollo, como son el servicio de convivencia y reinserción social y el servicio de cooperación social.

<sup>12</sup> El SAD que viniese prestándose como prestación básica de los servicios sociales comunitarios a la entrada en vigor de esta nueva Orden, continuará rigiéndose por la normativa anterior hasta que la prestación del servicio sea revisada para adaptarse a lo previsto en la nueva Orden, conforme indica la disposición transitoria cuarta de la Orden de 15 de noviembre de 2007.



de entes privados en la gestión (aunque sin que se creen dos servicios con medios humanos y materiales distintos):

a) Así, respecto del acceso al servicio, el artículo 8 de la Orden de 15 de noviembre de 2007 prevé vías distintas para ser beneficiario del SAD, según que se haya declarado o no el derecho al servicio ex Ley 39/2006.

b) Por lo que se refiere a la financiación del SAD, al tratarse de un servicio que puede estar ligado a la condición de persona dependiente, en su financiación se prevén reglas de participación diferentes según que el servicio se preste en el marco de la Ley 39/2006, o estrictamente dentro de los servicios sociales comunitarios<sup>13</sup>.

c) Por último, la regulación de la acreditación de entes colaboradores en la gestión también fija unas reglas de habilitación que tienen efectos tanto para la gestión indirecta del servicio como para prestarlo a las personas en situación de dependencia que tengan una prestación económica vinculada a la adquisición del SAD como modalidad de intervención más adecuada en su resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención (PIA)<sup>14</sup>.

El SAD se define por el Decreto 11/1992 como aquél dirigido a prestar las atenciones necesarias a los ciudadanos en orden a posibilitar la permanencia en su medio habitual de vida, evitando situaciones de desarraigo, para lo cual se otorga una prestación que actúa “preferentemente en el domicilio” (aunque no en exclusiva), y que proporciona, mediante personal cualificado y supervisado, un conjunto de actuaciones preventivas, formativas, rehabilitadoras y de atención a las personas y unidades de convivencia con dificultades para permanecer o desenvolverse en su medio habitual, como precisa el artículo 2 Orden de 15 de noviembre de 2007.

<sup>13</sup> Artículo 22 Orden de 15 de noviembre de 2007.

<sup>14</sup> Artículo 17 Orden de 15 de noviembre de 2007. Por lo demás, de esta norma es reseñable la unificación de la participación de la persona usuaria en el coste del servicio, así como la homologación de un baremo de acceso para las personas que no se encuentren en situación de dependencia. Esta Orden regula unos requisitos mínimos de formación para el personal auxiliar de ayuda a domicilio, aunque se establecen determinadas situaciones transitorias para que las personas que actualmente desarrollan estos puestos de trabajo lo puedan continuar haciendo. Este aspecto fue modificado por la Orden de 22 de septiembre de 2008, indicando que “durante el plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la presente Orden, el personal auxiliar que esté trabajando en la ayuda a domicilio y no reúna los requisitos establecidos en el artículo 21 ni pueda acogerse a lo previsto en la disposición adicional única, podrá continuar realizando sus funciones siempre que acredite haber iniciado la formación para la adquisición de la cualificación profesional establecida en el citado artículo 21, sin perjuicio de la posterior aportación del certificado acreditativo de la finalización de la formación. Excepcionalmente, si como consecuencia de una insuficiente oferta formativa el auxiliar o la auxiliar de ayuda a domicilio no pudiera iniciar la formación, bastará su compromiso expreso de iniciarla”. También es destacable la aprobación de unos requisitos y de un procedimiento para la acreditación de entidades prestadoras del SAD en Andalucía, como subraya su Exposición de Motivos.

Respecto de los beneficiarios, los destinatarios del servicio pueden ser tanto individuales como colectivos (unidades de convivencia), siempre que carezcan o tengan mermada la autonomía, temporal o permanentemente, para mantenerse en su medio habitual de vida y que residan en cualquier municipio andaluz (sin requerirse período previo de residencia). Sin embargo, en realidad la norma no precisa los requisitos para ser beneficiario del SAD, limitándose a enumerar unos criterios que tendrán en cuenta los Servicios Sociales Comunitarios para prescribir el SAD. En consecuencia, no se contempla como un derecho ejercitable por quien considere que cumple los requisitos, sino que queda en manos de los Servicios Sociales, salvo que se trate de una persona a la que se le haya reconocido la situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006, en cuyo caso sí opera como un derecho subjetivo.

En efecto, el artículo 8 de la Orden de 15 de noviembre de 2007 prevé tres vías para ser beneficiario del SAD, según que se haya declarado o no el derecho al servicio ex Ley 39/2006, y según la urgencia de la situación de necesidad:

a) Si el sujeto tiene reconocida la situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006 y el derecho puede ser efectivo conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006. En tal caso, adicionalmente será necesario que los servicios sociales comunitarios lo hayan prescrito por constatare los criterios previstos en el artículo 7 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, como modalidad de intervención adecuada a las necesidades de la persona en la correspondiente resolución aprobatoria del PIA<sup>15</sup>. Una vez aprobado el PIA, el acceso derivado de esta situación será directo. Para su efectividad se estará a lo dispuesto en la normativa relativa a la efectividad de las prestaciones del SND y en los correspondientes instrumentos de gestión del servicio aprobados por las Corporaciones Locales, que deberán garantizarlo.

b) Si el sujeto no tiene reconocida la situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006, o teniéndola reconocida no le corresponda la efectividad del derecho conforme al calendario establecido. Nuevamente será necesario que el SAD haya sido prescrito por los servicios sociales comunitarios conforme a los criterios del artículo 7<sup>16</sup>. Ahora bien, la diferencia estriba en el procedimiento

<sup>15</sup> De acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2006 y en el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración, y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollen.

<sup>16</sup> En todos los casos, por tanto, los servicios sociales comunitarios deberán prescribir el SAD conforme a los criterios enunciados en el artículo 7 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, que son los que siguen: a) Grado y nivel de dependencia reconocido en la resolución emitida por la persona titular de la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería para

de prescripción del SAD, ya que en este caso la prescripción del servicio se efectuará mediante procedimiento reglado establecido al efecto por las Corporaciones Locales y siguiendo los correspondientes instrumentos de gestión del servicio aprobados por las mismas<sup>17</sup>.

c) Procedimiento de urgencia. Con carácter excepcional, reservado para casos de extrema y urgente necesidad suficientemente justificada, se admite que se inicie la inmediata prestación del servicio, a propuesta de los Servicios Sociales Comunitarios, sin perjuicio de la posterior tramitación del expediente, que se sustanciará por una de las dos vías antes indicadas según que tuviera reconocida de una manera efectiva la situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006.

Los usuarios del SAD han aumentado en los últimos años en términos absolutos y relativos. La ratio de cobertura en Andalucía para mayores de 65 años es de 3,38 por cada 100 mayores, ligeramente inferior a la media estatal. Pero en cuanto a la intensidad del servicio Andalucía ocupa el penúltimo lugar entre las comunidades autónomas. El SAD es una prestación que se cuantifica en un módulo temporal, en concreto “horas de atención mensual”<sup>18</sup>. El número de horas a recibir por el sujeto será el que se haya indicado en la Resolución aprobatoria del PIA (si hubiera accedido por reconocimiento de un derecho efectivo a cobertura de la situación de dependencia), o a lo que hayan prescrito los respectivos Servicios Sociales Comunitarios en el caso contrario.

Respecto a su gestión, el SAD es un servicio de titularidad pública, y en concreto es competencia de las Corporaciones Locales. Ello no impide que en su gestión tales corporaciones puedan recurrir a otras entidades, públicas o incluso privadas. Es lo que la norma denomina “gestión indirecta”, y que en la

---

la Igualdad y Bienestar Social; b) Situación de discapacidad física, psíquica o sensorial; c) Dificultades personales especiales, previa valoración técnica de la situación psicosocial de la persona; d) Situación de la unidad de convivencia, previa valoración de su composición y grado de implicación en la mejora de su situación; e) Situación social previa valoración de la red de apoyo de la persona; f) Características de la vivienda habitual, previa valoración de las condiciones de salubridad y habitabilidad de la misma.

<sup>17</sup> En este supuesto se valorarán las circunstancias previstas en el baremo del Anexo I de la Orden de 15 de noviembre de 2007.

<sup>18</sup> Estas horas de SAD se concretan en actuaciones bien de carácter doméstico, bien de carácter personal, o de ambas. Son las llamadas “actuaciones básicas”, enumeradas en los artículos 10-12 Orden de 15 de noviembre de 2007. Se concreta en actividades de carácter doméstico (higiene personal, limpieza del hogar, alimentación, lavado de ropa, etc.) y actividades de carácter personal (procurar resolver las situaciones específicas de dificultad para la relación interpersonal y graves problemas de aislamiento). Ahora bien, se excluyen expresamente del SAD las siguientes actuaciones: a) La atención a otros miembros de la unidad de convivencia que no hayan sido contemplados en la valoración, propuesta técnica y concesión del servicio; b) Las actuaciones de carácter sanitario y otras que requieran una cualificación profesional específica.

práctica era frecuente desde la misma puesta en marcha de este servicio, y que ya recogió la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales, de 22 de octubre de 1996, y nuevamente se ha previsto en la Orden de 15 de noviembre de 2007, que en su artículo 15 –y tras declarar que el SAD es competencia de las Corporaciones Locales de Andalucía– indica que tal servicio podrán gestionarlo de forma directa o indirecta<sup>19</sup>. La norma fija unas reglas cautelares para los supuestos en que se opte por una gestión indirecta, exigiendo que las entidades o empresas prestadoras del servicio deberán cumplir ciertos requisitos de acreditación.

En cuanto al personal del SAD, la Orden reguladora, en su art. 20, dispone que el equipo básico estará formado por trabajadores y trabajadoras sociales y auxiliares de ayuda a domicilio<sup>20</sup>, aunque para posibilitar una actuación integral del mismo podrán participar otros profesionales de los servicios sociales.

Por lo que se refiere a su financiación, el SAD requiere la aportación del usuario, es decir, se opta por el sistema de copago, de modo que junto con las diversas entidades implicadas, también se contempla la participación del beneficiario. Al tratarse de un servicio que puede estar ligado a la condición de persona dependiente, y al igual que antes analizamos respecto a las vías de acceso al servicio, la financiación también prevé reglas de participación diferentes según que el servicio se preste en el marco de la Ley 39/2006<sup>21</sup>, o estrictamente

<sup>19</sup> De hecho, las Corporaciones Locales andaluzas vienen utilizando todas las combinaciones posibles al respecto: gestión concertada (encargándose de la gestión del servicio una entidad privada), gestión directa (encargándose de la ejecución del servicio, en su totalidad, la Entidad Local con personal propio) y gestión mixta. Así, según datos del Defensor del Pueblo Andaluz, en la práctica se constata que, incluso, estas modalidades de gestión se combinan a su vez entre ellas, no siendo excepcional que sin perjuicio de haber optado por las de concierto o gestión mixta, determinadas actividades complementarias incluidas dentro de esta prestación se lleven a cabo de forma directa a través de los recursos propios de la Entidad Local, como por ejemplo a través de los comedores o residencias de su titularidad. Puede afirmarse que la gestión del SAD suele llevarse indistintamente. Directamente, a través de los recursos propios de la Entidad Local e, indirectamente, a través de empresas concertadas o conveniadas (en un 43% y 41%, respectivamente) y, solamente, en un 9% de los casos se facilita la prestación a través de la subvención del coste de estos servicios (Informe del Defensor del Pueblo Andaluz sobre la Situación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía, de marzo de 2006) (<http://www.defensor-and.es/informes/ftp/ie-ssc/inf-ssc.htm>).

<sup>20</sup> Respecto de los auxiliares de ayuda a domicilio son, son las personas encargadas de realizar las tareas establecidas por los trabajadores sociales de las Corporaciones Locales; y para el desarrollo de su profesión se les exige acreditar como mínimo la titulación de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, Graduado en Educación Secundaria, Graduado Escolar o Certificado de Estudios Primarios y tener la cualificación profesional específica para el ejercicio de sus funciones, conforme a lo establecido en el RD 331/1997, de 7 de marzo, por el que se establece el certificado de profesionalidad de la ocupación de auxiliar de ayuda a domicilio.

<sup>21</sup> En este supuesto, el servicio se financiará con las aportaciones de la Administración General del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como con la aportación de

tamente dentro de los servicios sociales comunitarios<sup>22</sup>. En ambos casos, se fijan reglas para el cálculo de la aportación del usuario en el coste del servicio (Anexo III de la Orden).

### 2.2.2. *El servicio andaluz de teleasistencia*

Se define por la norma reguladora del mismo<sup>23</sup> como el sistema de atención personalizada basado en las nuevas tecnologías de la comunicación, que permite a sus usuarios mantener el contacto verbal a través de la línea telefónica, durante veinticuatro horas todos los días del año, con un Centro receptor atendido por personal específicamente cualificado para ello.

El servicio de teleasistencia en realidad es una modalidad de SAD, y además debe tenerse en cuenta que la Ley 39/2006 lo incluye expresamente en el Catálogo de Servicios a prestar por las Administraciones Públicas. Se trata de un servicio complementario de la ayuda a domicilio, y una herramienta de especial utilidad para las personas en situación de riesgo o dependencia, ya que permite evitar/retrasar su internamiento. En la práctica está muy extendido su uso.

El servicio de teleasistencia tiene como fin mejorar la calidad de vida de las personas mayores a través de actuaciones dirigidas a: conseguir y mantener el mayor grado de autonomía e independencia de las personas mayores en su domicilio; favorecer la permanencia e integración de las personas mayores en el entorno familiar y social en el que desarrollan su vida, evitando con ello situaciones de desarraigo y el ingreso innecesario en instituciones; proporcionar a las personas mayores seguridad y una atención rápida en casos de emergencia; y constituir un medio de apoyo a las familias que asuman el cuidado de personas mayores. En cuanto a su contenido, tiene por objeto garan-

---

la persona destinataria del servicio. La norma concreta el papel que debe jugar la Comunidad Autónoma andaluza, indicando que para garantizar la prestación del SAD como prestación del SND, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social suscribirá convenios de colaboración con los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales, mediante los que las Corporaciones Locales se comprometen a la prestación del servicio, asumiendo su financiación la citada Consejería, con cargo a la disponibilidad presupuestaria de cada ejercicio. La cuantía transferida para la financiación del servicio se regularizará periódicamente, al menos una vez al año, en función del número de personas que haya recibido el servicio y la intensidad horaria del mismo.

<sup>22</sup> En tal caso, el servicio se financiará con las aportaciones de la Administración General del Estado, Comunidad Autónoma de Andalucía y Corporaciones Locales, a través del Plan Concertado de Prestaciones Básicas en materia de Servicios Sociales, así como con la aportación de la persona o unidad de convivencia destinataria del servicio.

<sup>23</sup> Orden de 10 de enero de 2002, por la que se regula el Servicio Andaluz de Teleasistencia (modificada por Órdenes de 28 de enero de 2004 y 10 de enero de 2007).

tizar las siguientes prestaciones: atención inmediata y personalizada; movilización de recursos ante emergencias; contacto periódico y seguimiento personal; información sobre el Sistema Andaluz de Servicios Sociales; otras prestaciones: acceso a servicios para el hogar<sup>24</sup>.

Respecto a los beneficiarios, inicialmente, en Andalucía esta prestación se dirigió a las personas usuarias de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco que tuvieran unas condiciones psicofísicas suficientes para la adecuada utilización del Servicio (Orden de 10 de enero de 2002). Sin embargo, en 2004 se incluyeron como usuarios a los cuidadores y cuidadoras de personas con Alzheimer u otras demencias relacionadas con la edad. Y en 2007 adecuó el servicio a la cobertura de las personas en situación de dependencia, ampliando la cobertura del Servicio Andaluz de Teleasistencia a las personas de edad comprendida entre dieciséis y sesenta y cinco años, que tengan una discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, y que estén empadronadas en Andalucía, con la finalidad de colaborar en la mejora de la calidad de vida de las mismas, consiguiendo mantener un mayor grado de autonomía personal.

En cuanto a su financiación, este servicio se articula con relación a las personas titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, de modo que los usuarios aportan la tarifa aprobada reglamentariamente. Se prevén bonificaciones según las circunstancias personales<sup>25</sup>. En el caso de personas con discapacidad (que no son titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco), tendrán una bonificación del 40% sobre la tarifa vigente<sup>26</sup>. En realidad, todos los usuarios de la teleasistencia disfrutaban de algún tipo de descuento en el pago de esta prestación, que es gratuita para el 52,4%. El resto, tienen bonificaciones del 80% o del 40% en el precio mensual del servicio.

### 2.3. Los servicios sociales especializados

La Ley 2/1988 de Servicios Sociales de Andalucía, introdujo –junto a los servicios sociales comunitarios– los llamados “Servicios Sociales Especiali-

<sup>24</sup> El Servicio Andaluz de Teleasistencia atiende actualmente a más de 68.000 personas mayores, de las que dos tercios viven solas, más del 82% son mujeres y el 76,5% tienen una edad superior a 75 años. En cuanto al motivo de las llamadas que realizan los ancianos, la mayoría, el 65,7%, simplemente responden al deseo de mantener una conversación, mientras que casi un 11% se debieron a emergencias. Asimismo, desde el propio Servicio de Teleasistencia también se efectúan llamadas para constatar la situación personal y sociosanitaria de las personas mayores.

<sup>25</sup> La tarjeta está regulado por Decreto 76/2001, de 13 de marzo. El servicio de teleasistencia será gratuito para mayores de 80 años que vivan solos, o titulares de la referida tarjeta en su modalidad Oro que vivan solos o que convivan exclusivamente con titular/es de la citada tarjeta en la misma modalidad de tarjeta.

<sup>26</sup> Disp. adicional única Orden de 10 de enero de 2002, introducida por Orden de 10 de julio de 2007.

zados”, que según indica la propia Ley, son aquéllos que se dirigen a determinados sectores de la población que requieren una atención específica, entre los que se encuentran la familia, la tercera edad, y las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales. No obstante, como ya hemos advertido, el criterio subjetivo no es determinante, dado que dentro de los servicios comunitarios se contemplan prestaciones básicas que solo operan para sectores concretos, y el tipo de prestaciones no tienen una identidad propia de cada nivel. Por otro lado, habrá que esperar una década para que empiece un decidido desarrollo normativo respecto de estos colectivos.

Dentro de este segundo nivel de atención especializada se incluirían tres grandes líneas de atención: atención a la familia, la infancia y la juventud; Atención a las personas mayores; y atención a personas con discapacidad. Por tanto, hay dos actuaciones de los servicios sociales especializados que pueden relacionarse con la cobertura de las situaciones de dependencia: la atención a las personas mayores; y la atención a personas con discapacidad.

### 2.3.1. *Atención a las personas mayores*

La Ley 2/1988, de Servicios Sociales de Andalucía, configuró como una de sus áreas de actuación específica la atención y promoción del bienestar de la tercera edad, creando los Servicios Sociales Especializados para este sector de población con el objeto de promover su integración y participación en la sociedad, favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual y evitando su marginación. En este punto desarrollaba las competencias recogidas en el Estatuto de Autonomía de 1981 en lo relativo a la promoción de actividades y servicios para la tercera edad y desarrollo comunitario (artículo 13.30). Este nivel de compromiso estatutario se ha reforzado con el nuevo texto aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo, que en su artículo 19, bajo la rúbrica de “Mayores”, indica que las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes.

A nivel legal, el punto de inflexión en la atención a los mayores se produjo con la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, que dedica el Capítulo III del Título III, a los servicios sociales especializados. Estos servicios sociales especializados están integrados de varios servicios dirigidos a las personas mayores: Centros de Día<sup>27</sup>; Unidades de

<sup>27</sup> Se definen como centros de promoción del bienestar de las personas mayores tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el

Estancia Diurna<sup>28</sup>; Programas de Estancias Diurnas<sup>29</sup>; Programas de Respirio Familiar<sup>30</sup>; Viviendas Tuteladas<sup>31</sup>; Centros Residenciales<sup>32</sup>; Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco<sup>33</sup>.

En la Ley de Servicios Sociales de 1988 se estableció un primer catálogo de centros para la atención de las personas mayores que incluía los centros de día y los centros residenciales. Posteriormente ha sido ampliado con las unidades de estancias diurnas y con las viviendas tuteladas. Los Ayuntamientos gestionan los centros que operan en los municipios de más de 20.000 habitantes, mientras que las Diputaciones Provinciales se hacen cargo de los centros de ámbito provincial y supramunicipal, así como los correspondientes a los municipios de hasta 20.000 habitantes.

---

medio social, pudiendo servir, sin detrimento de su finalidad esencial, de apoyo para la prestación de Servicios Sociales y Asistenciales a otros sectores de la población. Su protagonismo ha aumentado con la Ley 39/2006, al configurarse además centros donde se articulan las políticas sociales de promoción y prevención de la dependencia en personas mayores. La ratio de cobertura en Andalucía (52%) se sitúa por encima de la media de España.

<sup>28</sup> Destinadas a prestar una atención integral durante parte del día a personas mayores con un grado variable de dependencia física y psíquica, y a apoyar a las familias o cuidadores que afrontan la tarea de atenderlas. Las Unidades de Estancia Diurna o Centros de Día para personas mayores dependientes presentan una ratio de 0.30 similar a la media estatal.

<sup>29</sup> Destinado a prestar las actuaciones y servicios anteriores, en centros específicos o residenciales, para sustituir, durante parte del día (como máximo 39 horas semanales, 5 días a la semana y 11 meses al año) a las familias o cuidadores de personas mayores dependientes, para mejorar o mantener su nivel de autonomía personal y favorecer la compatibilidad de la vida laboral de sus familiares y convivientes.

<sup>30</sup> Destinado a colaborar con la familia cuidadora de una persona mayor dependiente, mediante la prestación de un conjunto de actuaciones y servicios, en régimen residencial, en periodos que oscilan entre 24 horas y un mes, con carácter prorrogable, por motivos de descanso, enfermedad u hospitalización, emergencias u otras circunstancias análogas. Los programas de respiro familiar tienen un desarrollo incipiente.

<sup>31</sup> Destinadas a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía personal y se configuran como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas.

<sup>32</sup> Son centros de alojamiento y convivencia que tienen una función sustitutoria del hogar familiar, de forma temporal o permanente, donde se presta una atención integral a la persona mayor. En los últimos años se ha producido un crecimiento del número de plazas residenciales dirigidas a personas mayores dependientes. Aún así, la ratio de plazas de financiación pública en Andalucía es inferior a la media estatal.

<sup>33</sup> No puede abordarse la atención a los mayores en Andalucía sin aludir a un mecanismo cuya importancia ha ido incrementando con los años, hasta el extremo de que constituye la puerta de entrada de numerosos servicios y ayudas, que se condicionan a ser titular de ese servicios. Nos referimos a la llamada "Tarjeta Andalucía Junta sesenta y cinco", que permite el acceso en condiciones más favorables a las prestaciones y servicios que se establezcan en el ámbito de los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía o de otras Administraciones o Entidades que resulten afectadas por Convenios.



En los últimos años ha destacado en el ámbito de los servicios sociales especializados la aprobación de la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el acceso y el funcionamiento de los programas de estancia diurna y respiro familiar; la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regula el servicio de comedor y la oferta de actividades continuadas en los Centros de día; la Orden de 13 de mayo de 2002, de la Consejería de Obras Públicas y Transporte, por la que se regulan las subvenciones para la adecuación funcional básica de viviendas y la Orden de 25 de julio de 2005, de la Consejería de Empleo, por la que se regulan las ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar. Con la Ley 39/2006 se han reforzado algunos de estos servicios, al estar contemplados como es el caso del servicio de atención residencial, los centros de día, y las estancias temporales residenciales.

### 2.3.2. *Atención a personas con discapacidad*

El nuevo Estatuto de Autonomía andaluz recoge en un precepto dedicado a las personas con discapacidad, aunque con una regulación compartida con las personas en situación de dependencia. Es el artículo 24, que bajo la equívoca rúbrica de “Personas con discapacidad o dependencia”, indica que las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

La Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía supuso un salto cualitativo en la atención a las personas con discapacidad, al reunir en un solo texto medidas de diferente naturaleza que conflúan en lo que podría denominarse cobertura integral de la discapacidad. En esta misma dirección, se aprobaría el I Plan de Acción integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía (2003-2006), de carácter horizontal, interdepartamental, cuya pretensión ha sido la plasmación práctica de los principios y preceptos contenidos en la Ley.

El Título V de la Ley 1/1999 se refiere a los servicios sociales, tanto comunitarios como los servicios sociales especializados, integrando en éstos la red de centros extendida por toda Andalucía. En concreto, el artículo 30 clasifica los servicios sociales especializados en tres categorías: Centros de Valoración y Orientación<sup>34</sup>; Centros Residenciales<sup>35</sup>; y Centros de día<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Se regulan en el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre de 2005.

<sup>35</sup> Se configuran como recursos de atención integral destinados a aquellas personas que, no pudiendo ser asistidas en su medio familiar, lo precisan temporal o permanentemente. Respecto de su financiación, las personas usuarias abonan el 75% de sus ingresos líquidos anuales con excepción de las pagas extraordinarias..

<sup>36</sup> Se configuran como establecimientos destinados a la atención de aquellas personas que no puedan integrarse -transitoria o permanentemente- en un medio laboral normalizado, o que por

#### 2.4. Las políticas de Bienestar Social y la coordinación socio-sanitaria (los planes de actuación integral)

En el último lustro, se han potenciado actuaciones en fomento del bienestar social que van más allá del campo de actuación de los servicios sociales. No se trata de intervenir ante colectivos que sufren unas determinadas carencias o necesidades extraordinarias, sino facilitar la promoción de amplios colectivos sociales. Esta línea de actuación ha sido seguida por la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, que tiene entre sus objetivos el poner a disposición de todas las personas los beneficios del Estado del Bienestar, ofreciendo prestaciones y servicios que les permitan disfrutar de un estándar mínimo social. Un repaso de los principales Planes de actuación que se están llevando a cabo en los últimos tiempos evidencia esta nueva política social expansiva<sup>37</sup>.

Pues bien, dentro de esta nueva política, se ha logrado una coordinación de los servicios socio-sanitarios, coordinación que es clave en la cobertura de las situaciones de dependencia. En efecto, la dependencia (como riesgo) determina «necesidades sociosanitarias», que exigen una dispensación coordinada de servicios sanitarios y sociales para las personas que precisan ambos tipos de prestaciones<sup>38</sup>. De este modo, la situación de dependencia se caracteriza por requerir una protección coordinada de los ámbitos sanitarios y sociales<sup>39</sup>.

Siguiendo esta línea, la Ley 39/2006, en su artículo 11, relativo a la participación de las Comunidades Autónomas en el SND, les asigna –entre otras

---

su gravedad, necesiten de atención continuada y no puedan ser atendidas por su núcleo familiar durante el día. Los Centros de Día se clasifican en: a) Unidades de Estancia Diurna; b) Centros Ocupacionales; c) Talleres Polivalentes y Ocupacionales Prelaborales; d) Centros Sociales. Respecto de su financiación, las aportaciones de los usuarios son distintas según la modalidad residencial. Así, en Unidades de Estancias Diurnas, el 25% de sus ingresos líquidos anuales con excepción de las pagas extraordinarias; mientras que en Centros Ocupacionales entre el 15 y el 25% en función de los servicios que preste el centro.

<sup>37</sup> V.gr., Plan Integral de Atención a la Infancia (aprobado por el Decreto 362/2003, de 22 de diciembre); Plan de Formación en Infancia 2008 de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social; Proyecto WISE-MOVE (empleo con apoyo para personas con discapacidad intelectual); II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones; I Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía. 2003-2006; Plan Andaluz para la Inclusión Social 2003-2006.

<sup>38</sup> Maravall Gómez-Allende, H., «La coordinación socio-sanitaria: una exigencia ineludible», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, núm. 30, 1995; igualmente, *Recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria y aspectos conexos*, Madrid, 2000, pág. 19; Martínez Aguayo, C., «Coordinación entre servicios sociales y sanitarios. Un modelo de atención posible», *Revista Española de Geriátría y Gerontología*, núm. 30, 1995; y Asociación Multidisciplinaria De Gerontología, *Las necesidades sociosanitarias de la población dependiente en España: modelos y cuidados prolongados y coordinación de recursos. El debate profesional*. Informe para el Defensor del Pueblo, Madrid, 2000.

<sup>39</sup> Maldonado Molina, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, cit.

cuestiones— la función de establecer los procedimientos de coordinación socio-sanitaria, creando los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.

Pues bien, esta coordinación ya era una realidad en Andalucía cuando se aprobó la Ley 39/2006. Desde los años noventa, se han ido desarrollando mecanismos y experiencias de coordinación intersectorial para la puesta en marcha de planes específicos, como: el I Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía; el Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas; y el Plan Andaluz de Alzheimer. Por tanto, puede decirse que la Administración autonómica, en los últimos años y en relación con las personas mayores (y en particular aquellas con dependencia) se ha caracterizado por la promoción de un enfoque integral de la atención, así como por los esfuerzos realizados en la consolidación de la red pública de servicios sociales.

Estos Planes han tenido su reflejo a nivel normativo, con Leyes autonómicas orientadas a la “cobertura” integral de colectivos débiles socialmente (eso ocurrió en 1998 con los menores<sup>40</sup>, y en 1999 con las personas con discapacidad<sup>41</sup> y las personas mayores<sup>42</sup> (hasta esa fecha se habían realizado en Andalucía algunos intentos de cobertura integral de la vejez, pero sin éxito<sup>43</sup>), y normas de apoyo a las familias<sup>44</sup> y un Plan de apoyo a los cuidadores de personas dependientes<sup>45</sup> (éste último sin un desarrollo normativo específico). El resultado de estas políticas integrales de actuación ha sido la existencia en Andalucía de un notable marco jurídico propio para estos colectivos, compuesto de Leyes, Decretos y Órdenes autonómicas, sobre todo en relación con los colectivos de discapacitados y mayores. Junto a ellos, deben subrayarse las previsiones relativas a la atención a la familia, que inciden de modo directo en la cobertura de la dependencia.

En cuanto a la política familiar y su traslación a las personas dependientes, hay que referirse al Decreto 137/2002, de 4 de mayo, sobre Medidas de apoyo a las familias andaluzas, puesto que en esta disposición se contemplan una serie de medidas destinadas a atender las necesidades de las personas mayores con dependencia<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Ley 1/1998, de los derechos y atención al menor.

<sup>41</sup> Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

<sup>42</sup> Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores.

<sup>43</sup> Tal fue el caso del Plan de Atención Integral al Mayor en Andalucía (PAIMA), en 1996.

<sup>44</sup> Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas.

<sup>45</sup> Plan de Atención a Cuidadores Familiares en Andalucía.

<sup>46</sup> Entre estas medidas se postula el incremento del número de plazas en los centros residenciales para mayores (art. 33) y en los programas de estancia diurna y de respiro familiar (artículo 32); así como la promoción del servicio de comedor y actividades en los centros de día (arts. 30 y 31); el establecimiento de un programa de ayudas destinadas a mejorar la seguridad y la

## 2.5. Programas en favor del envejecimiento activo

La Organización Mundial de la Salud define “envejecimiento activo” como “el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez”. De este modo, son varias las facetas que interactúan, tanto desde la medicina (salud física, mental y psicológica) como desde la política social, la psicología social, la cultura y el deporte. Y en todo caso, nos interesa porque es la principal vía de prevención de las situaciones de dependencia, mejorando la autonomía de los mayores.

En Andalucía se realizan actuaciones en este sentido, que van desde el fomento del turismo social, el transporte gratuito interurbano, las actividades desarrolladas en los centros de día, y la formación educativa en diversos niveles. Sin embargo, se carece de una programación propia, ya que los actuales planes que se están desarrollando lo hacen de forma convenida con la Obra Social Fundación La Caixa, dentro de un programa de actuación que dicha Fundación viene realizando con diversas Administraciones, entre las que hay quince Comunidades Autónomas.

El Pleno del Parlamento andaluz, consciente de la importancia de avanzar en esta línea preventiva, aprobó una Proposición no de Ley relativa al envejecimiento activo<sup>47</sup>, en la que el Parlamento de Andalucía insta al Consejo de Gobierno a impulsar actuaciones que promuevan el envejecimiento activo, la solidaridad intergeneracional, la integración de las personas mayores en la sociedad y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad, mediante acciones destinadas al fomento de su participación en todos los ámbitos de la sociedad<sup>48</sup>.

---

adecuación funcional de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores (art. 29); la implantación del Plan Andaluz de Alzheimer (art. 27); y, finalmente, la promoción de los cuidados de enfermería a domicilio, fisioterapia y rehabilitación por parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía (arts. 24 y 25).

<sup>47</sup> BOPA núm. 746, de 25 de octubre de 2007. Sesión celebrada los días 10 y 11 de octubre de 2007.

<sup>48</sup> Enumera los objetivos a conseguir a través de estas políticas, en particular los siguientes:

1. Incrementar la cobertura de los programas de promoción de la autonomía destinados a las personas mayores.
2. Llevar a cabo actuaciones para promoción de la salud mediante proyectos de envejecimiento saludable, consolidando hábitos saludables con el fomento de políticas preventivas.
3. Incrementar la presencia de los centros de personas mayores como espacios para la promoción del envejecimiento activo y de promoción de la autonomía y la participación social de las personas mayores.
4. Realizar actuaciones que faciliten la creación de entornos favorables desde el punto de vista urbanístico y de vivienda, que permitan la permanencia de nuestros mayores en sus viviendas y en sus entornos.

### 2.5.1. *La prevención de la dependencia*

En Andalucía se carece de un Plan autónomo que siga estas líneas. Hay un “Programa de Prevención de la Dependencia”, que desarrolla la Obra Social La Caixa con distintas Administraciones, incluyendo quince Comunidades entre las que está la andaluza, donde se realiza, como experiencia piloto, en ocho Centros de Día de Personas Mayores de titularidad propia de la Junta de Andalucía. Siguiendo las pautas de este programa de la Obra Social La Caixa, se siguen tres líneas de actuación:

– Talleres de atención psicosocial: Tratan desde una perspectiva metodológica nueva, aspectos sensoriales, de psicomotricidad, cognitivos y relacionales, todos vinculados a la prevención de la dependencia y a la promoción de la autonomía personal.

– KitsCaixa “El reto de la autonomía”: Recursos creados específicamente para la realización de los talleres en los centros de personas mayores. Parte de este material se facilita a los asistentes para que puedan realizar de forma autónoma actividades en su domicilio.

– Servicio de transporte adaptado: La Obra Social “La Caixa” pone a disposición de los beneficiarios del programa una flota vehículos adaptados para posibilitar su asistencia al centro de mayores y así poder participar en los talleres.

---

5. El fomento de las motivaciones y el reconocimiento de las experiencias de voluntariado y la participación, así como la ampliación de los espacios de participación.

6. Prestar especial atención a los proyectos intergeneracionales en los distintos ámbitos.

7. La realización de programas que incrementen el acceso a los bienes culturales y a eventos culturales, recreativos, deportivos y turísticos, fomentando hábitos de ocio activos.

8. Potenciar su papel como tutores en la creación de empresas, de tal forma que se aproveche el bagaje de su experiencia y confiera un valor añadido a la empresa o a su proyecto de creación. Asimismo, aprovechar y aplicar sus conocimientos y experiencias de las personas mayores, así como la transmisión de los mismos en ámbitos como el medioambiental, agrícola o artesanal.

9. Fomentar de una manera especial la participación de las mujeres mayores en órganos de participación y dirección.

10. Potenciar los programas que promocionan el acceso a la educación de las personas mayores.

11. Fomentar la conexión y el acercamiento de las personas mayores a los nuevos fenómenos que se producen en nuestras sociedades, como las nuevas tecnologías y su aplicación al hogar y a facilitar la participación social.

12. Potenciar, respecto a los medios de comunicación, informaciones que eviten la discriminación por razones de edad y presenten imágenes positivas de las personas mayores, así como posibilitar espacios de participación a las personas mayores.

### 2.5.2. *La promoción de la autonomía personal*

Junto con este Programa de la Obra Social, hay otros programas que contribuyen al envejecimiento activo, enmarcándose en última instancia en la promoción de la autonomía personal.

En este ámbito sí existían numerosas medidas en Andalucía, bastante antes de la aprobación de la Ley 39/2006. Precisamente, uno de los aspectos más llamativos de la Ley 39/2006, que se reflejó en su propia denominación, es que junto con la atención a las situaciones de dependencia, incluyó la promoción de la autonomía personal<sup>49</sup>. La Ley recoge la noción de autonomía en el artículo 2.1, definiéndola como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

De este modo, alude a dos cuestiones: uno, el querer vivir conforme a lo que el propio sujeto decida (elemento volitivo); y otro, el poder desarrollar las actividades básicas de la vida diaria (elemento objetivo). En consecuencia, la promoción de la autonomía solo se entenderá cumplida en la medida en que el sujeto pueda organizar su propia vida, sea soberano de su devenir sin que las limitaciones físicas a las que se encuentre sometido impliquen una limitación de su poder de decisión. Se trata de potenciar el apoyo no solo para las personas en situación de dependencia en orden a las actividades básicas de la vida diaria, sino también los apoyos en orden a su autonomía personal, plena integración en todos los ámbitos de la vida.

En Andalucía funcionan desde hace años numerosos programas que participan de esta filosofía, entre los que se encuentran los siguientes:

- Programa de Turismo Social de Personas Mayores de Andalucía<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> Su origen se encuentra en una propuesta realizada por la organización CERMI el 3 de diciembre de 2005, con motivo Día Europeo e Internacional de las Personas con Discapacidad, en el que, entre otros aspectos, propuso que la futura normativa incorporara la visión de la autonomía personal, equilibrando los dos núcleos objeto de la Ley: autonomía personal, por un lado, y situaciones de dependencia. Esta perspectiva fue acogida favorablemente, siendo numerosas las enmiendas parlamentarias que se hicieron eco de la misma (enmiendas núm. 196, 267, 333, respectivamente del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Esquerra Republicana, Partido Popular). Se tradujo en un cambio de la denominación que hasta ese momento venía usándose, proponiendo «Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Situaciones de Dependencia». *Cfr.* Monereo Pérez, Molina Navarrete, Moreno Vida, Maldonado Molina y González de Patto, *cit.*, págs. 126 y 127.

<sup>50</sup> Con este programa, y junto al sector turístico, se ofertan paquetes turísticos en unas condiciones económicas muy ventajosas para los mayores de 60 años, promoviendo –como declara su exposición de motivo– el envejecimiento activo. Se regula en la Orden de 23 de noviembre de 2007, modificada por Orden de 17 de noviembre de 2008.

- Centros de Día. En su seno se articulan las políticas sociales de promoción y prevención de la dependencia en personas mayores.
- Bonificación transporte interurbano<sup>51</sup>.
- Bonificaciones en la adquisición de productos ópticos (Plan Visión 65)<sup>52</sup>.
- Bonificaciones en la adquisición de prótesis auditivas<sup>53</sup>.
- Servicio de comedor en los Centros de Día<sup>54</sup>.

## 2.6. La atención a los cuidadores

Desde mediados de los noventa, algunas Administraciones Locales y autonómicas, vienen desarrollando diversos programas para la atención de los cuidadores, como son la información y formación de cuidadores, programas de “respiro” (estancias diurnas, temporales, nocturnas, fin de semana, etc.), ayuda a domicilio, hospital de día, atención socio-sanitaria a domicilio y ayudas técnicas para la adaptabilidad y accesibilidad del domicilio<sup>55</sup>.

Normativamente, la primera referencia a los cuidadores se encuentra en la Ley 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores, de forma programática, implica a la Administración en el apoyo a las familias que tengan a su cargo la atención de una persona mayor dependiente (artículo 9). Con mayor concreción, hay que estar al Decreto 137/2002, de 4 de mayo, sobre Medidas de apoyo a las familias andaluzas, que prevé medidas destinadas a atender las necesidades de las personas mayores con dependencia, y a los familiares cuidadores de forma singular: programas de estancia diurna y de respiro familiar (artículo 32); la promoción del servicio de comedor y actividades en los centros de día (arts. 30 y 31); la implantación del Plan Andaluz de Alzheimer (art. 27); y, finalmente, la promoción de los cuidados de enfermería a domicilio, fisioterapia y rehabilitación por parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía (arts. 24 y 25).

<sup>51</sup> Su objetivo es bonificar a los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco con un 50% del precio del billete en aquellos viajes interurbanos que, teniendo origen y destino en Andalucía, se realicen en los transportes públicos regulares de viajeros por carretera, de uso general y permanente, que sean prestados por las empresas de transportes que hayan formalizado Convenio de Colaboración con la Fundación Andaluza de Servicios Sociales. Se regula en la Orden de 31 de julio de 2001.

<sup>52</sup> Este programa concede bonificaciones en la compra de productos ópticos a los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, en sus dos modalidades, siempre que se hayan realizado en los establecimientos adheridos al programa. Se regula en la Orden de 31 de julio de 2001.

<sup>53</sup> Contempla descuentos especiales en la compra de audífonos por parte de los titulares de la tarjeta. Se regula en la Orden de 31 de julio de 2006.

<sup>54</sup> Los titulares de la tarjeta pueden disfrutar de un menú completo en los Centros de Día para personas mayores que oferten el servicio de comedor. Se regula en la Orden de 6 de mayo de 2003.

<sup>55</sup> Maravall Gómez-Allende, H., «Una política integral de protección a las personas mayores dependientes», *RMTAS*, núm. 10, 1998, pág. 169.

Desde entonces se han articulado medidas de diferente naturaleza, y promovidas por variadas instancias autonómicas. Hay una multiplicidad de instancias actuantes, lo cual se comprende habida cuenta que la realidad de los cuidadores es compleja, y requiere una atención compleja. Sin embargo, no hay un Plan integral de atención al cuidador, que contribuiría a ordenar y clarificar los derechos y servicios reconocidos, así como a coordinar las actuaciones de las diversas administraciones responsables.

Así, las medidas previstas pueden sistematizarse, según su origen, en tres categorías: ayudas de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social; medidas de la Consejería de Salud; y medidas de la Consejería de Empleo. Veámoslas.

### 2.6.1. *Ayudas de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social*

Los servicios sociales, tanto comunitarios como los especializados, incluyen dentro de su panoplia protectora servicios que atienden a los cuidadores familiares, de forma dispersa, dando como resultado un desordenado cuadro protector. Así, y como mera relación de las medidas previstas, hay que estar a las siguientes.

Dentro de los servicios sociales comunitarios:

- El propio Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD), al enumerar los objetivos a cumplir con el mismo, incluye “Servir como medida de desahogo familiar apoyando a las personas cuidadoras en su relación de cuidado y atención”<sup>56</sup>.
- Del mismo modo, el Servicio Andaluz de Teleasistencia, que aunque en 2002 se limitaba a las personas usuarias de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, en 2004 se incluyeron como usuarios a los cuidadores y cuidadoras de personas con Alzheimer u otras demencias relacionadas con la edad<sup>57</sup>.

Dentro de los servicios sociales especializados para mayores:

- Unidades de Estancia Diurnas, destinadas tanto a prestar una atención integral durante parte del día a personas mayores con un grado variable de dependencia, pero también a apoyar a las familias o cuidadores que afrontan la tarea de atenderlas.
- Programas de Estancias Diurnas, destinado a prestar las actuaciones y servicios anteriores, en centros específicos o residenciales, para sustituir, durante parte del día (como máximo 39 horas semanales, 5 días a la semana y 11 meses al año) a las familias o cuidadores de personas mayores dependientes,

<sup>56</sup> Art. 5 h) Orden de 15 de noviembre de 2007).

<sup>57</sup> Orden de 28 de enero de 2004.



para mejorar o mantener su nivel de autonomía personal y favorecer la compatibilidad de la vida laboral de sus familiares y convivientes.

– Programas de Respiro Familiar, destinado a colaborar con la familia cuidadora de una persona mayor dependiente, mediante la prestación de un conjunto de actuaciones y servicios, en régimen residencial, en periodos que oscilan entre 24 horas y un mes, con carácter prorrogable, por motivos de descanso, enfermedad u hospitalización, emergencias u otras circunstancias análogas.

Dentro de los servicios sociales especializados para discapacitados hay que referirse al Programa de respiro familiar (en términos similares a los indicados para los mayores), que prevé dos modalidades en función del grado de dependencia de la persona: a) Para personas con discapacidad gravemente afectadas; b) Para personas con discapacidad con menor nivel de dependencia; c) En el acceso a este recurso no se tendrá en cuenta la edad mínima de dieciséis años.

### 2.6.2. *Medidas de la Consejería de Salud*

No solo hay que estar a actuaciones de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, sino que desde la Consejería de Salud se ha desarrollado el Plan de Atención a Cuidadores Familiares en Andalucía 2005-2007. En este Plan (que se anunció como pionero en España), está diseñado desde la perspectiva del sistema sanitario, y por tanto, sus líneas de acción se centran en la atención sanitaria a las personas cuidadoras tanto en el domicilio como en el hospital. No se ve a la cuidadora como un mero recurso para atender al dependiente, sino persona que ostenta la condición de titular de derechos<sup>58</sup> y cobertura sanitaria, así como acciones intersectoriales para la atención a las cuidadoras<sup>59</sup>.

También es destacable el Convenio de Colaboración entre la Consejería de Salud y la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y la Confederación Andaluza de Federaciones de Familiares de Enfermos de Alzheimer y otras

<sup>58</sup> Recoge un “decálogo” de derechos de las cuidadoras, entre los que se encuentra el derecho a decir no ante demandas excesivas, inapropiadas o poco realistas.

<sup>59</sup> En concreto, dicho Plan contempla las medidas siguientes: a) Cartera de servicios para la cuidadora familiar en la atención domiciliaria, que incluye la incorporación de la figura de la Enfermera Comunitaria de Enlace; b) Prevención y tratamiento de problemas de movilidad relacionados con el cuidado; c) Aporte de soluciones para la adaptación de la discapacidad a la vida cotidiana, dirigidas a mantener la autonomía de la persona discapacitada el mayor tiempo posible; d) Medidas de atención al entorno social del paciente, a través del trabajador o trabajadora social; e) Existencia de un cuaderno para la continuidad de cuidados de pacientes frágiles y sus cuidadoras; f) Actividades para la mejora de la atención a las cuidadoras familiares en el hospital, centradas en la figura de la Enfermera de Enlace Hospitalaria; g) Servicio de seguimiento telefónico; h) Oferta de servicios a cuidadoras familiares de pacientes con trastorno mental grave; i) Atención específica a las situaciones de duelo disfuncional de la cuidadora ante la pérdida de la persona a la que cuida.

demencias para el desarrollo del Plan Andaluz de Alzheimer 2007-2010 (suscrito el 24 de septiembre de 2007) y que sustituye a los Planes de Alzheimer anteriores suscritos por separado por ambas Consejerías con la citada Confederación<sup>60</sup>

### 2.6.3. *Medidas de la Consejería de Empleo*

Como es sabido, la atención a la dependencia se considera un yacimiento de empleo<sup>61</sup>, y en esta línea se prevén diversas ayudas y subvenciones para el fomento del empleo (fundamentalmente el autoempleo) en este sector. Y una de las vías que se prevé es la contratación de cuidadores por parte de las familias de dependientes, lo cual no solo incide en la creación de empleo, sino en el apoyo a los familiares de los dependientes.

En esta línea, el Plan de Apoyo a las familias andaluzas supuso un importante impulso tanto en la atención a las personas en situación de dependencia en Andalucía como a sus familias, contemplando la creación de ayudas a la contratación de cuidadores y cuidadoras para la atención de personas dependientes<sup>62</sup>. Estas previsiones se concretaron en la Orden de 25 de julio de 2005 (modificada por Orden de 19 de mayo de 2006), que contempla ayudas para la contratación de una persona trabajadora, para la atención y cuidado de un familiar, hasta el segundo grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad, fijando unos requisitos subjetivos y económicos<sup>63</sup>. Los incentivos consisten en una

<sup>60</sup> Sus objetivos son: a) Atención integral a las personas afectadas con enfermedad de Alzheimer y apoyo a las personas cuidadoras en todas las fases de la enfermedad; b) Información, formación, ayuda y asesoramiento a los cuidadores y a las cuidadoras, asociaciones y profesionales implicados en la enfermedad de Alzheimer; c) Sensibilización de la opinión pública, instituciones, entidades y medios de comunicación; d) Adecuación de los recursos sanitarios y sociales, así como el establecimiento de protocolos y procedimientos conjuntos; e) Impulsar el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones; f) Desarrollar un sistema de Censo, Catalogación y Acreditación de las Asociaciones de Familiares; g) Desarrollar programas para la vinculación del Voluntariado con las Asociaciones de Familiares; h) Establecer un Sistema de Evaluación de la Líneas de Actuación que se definan en el Plan; i) Promover e impulsar líneas de investigación.

<sup>61</sup> Ya la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Libro Blanco sobre «Crecimiento, Competitividad, Empleo. Retos y Pistas para entrar en el siglo XXI», al enumerar los sectores que se consideran yacimientos de empleo, incluía la ayuda a domicilio a las personas mayores y con minusvalías, atención sanitaria, preparación de comidas y tareas domésticas.

<sup>62</sup> Navarro, M., "Atención a las situaciones de dependencia en Andalucía", *RMTAS*, núm. 60, 2006, pág. 101.

<sup>63</sup> Respecto a los subjetivos, la persona a cuidar deberá tener reconocido al menos un 75% de grado de minusvalía o padecer enfermedad crónica que requiera atención continuada. Y en cuanto a los económicos, el límite de rentas, en cómputo anual, se fija en función del número de integrantes de la unidad familiar: Familias de un miembro: 3 veces el SMI; dos miembros: 4,8 veces el SMI; tres miembros: 6 veces el SMI; a partir del tercer miembro, se añadirá el valor equivalente a 1 SMI por cada nuevo miembro de la unidad familiar.

cuantía a tanto alzado de 2.000 euros al año, hasta un máximo de tres anualidades, siempre que se haya el mantenimiento del puesto de trabajo durante el período mínimo de contratación establecido al efecto (tres años).

### **2.7. La organización administrativa. La Agencia para la Atención a la dependencia en Andalucía**

Desde un punto de vista organizativo, el aspecto más reseñable es la futura creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía, contemplada en la disposición adicional sexta de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

En tanto no sea una realidad, provisionalmente se atribuyó a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia<sup>64</sup>, de modo que las Direcciones Generales (y la Secretaría General Técnica) en las que se estructura la Consejería eran las competentes en dicha gestión, bajo la coordinación de la Viceconsejería. Esta situación se ha corregido con el Decreto 523/2008, de 9 de diciembre, que ha creado una nueva Secretaría General *ad hoc*: la Secretaría General para la atención a la dependencia, que también tiene un carácter transitorio, ya que se extinguirá cuando se ponga en marcha la Agencia para la Atención a la Dependencia.

## **3. LA APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LA LEY 39/2006 EN ANDALUCÍA**

### **3.1. La aplicación del SND en Andalucía**

En Andalucía ha tenido lugar un razonable desarrollo de las previsiones contempladas en la Ley 39/2006, siendo una de las Comunidades que más han avanzado en este punto. Debe tenerse en cuenta que aunque la entrada en vigor de la Ley 39/2006 se produjo el 1 de enero de 2007, el Decreto regulador del baremo no se publicó hasta el 21 de abril (Real Decreto 504/2007, de 20 de abril), y a los dos días se aprobó la primera norma andaluza en la materia (Orden de 23 de abril, que aprobó el modelo de solicitud, publicada el 27 de abril). Estas circunstancias, aparte de demostrar una falta de previsión del gobierno central al respecto (que bien podía haberse anticipado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley), supusieron que las Adminis-

<sup>64</sup> Art. 14 Decreto 10/2008, de 19 de abril, de las Vicepresidencias y sobre reestructuración de las Consejerías.

traciones de Servicios Sociales no pudieron ponerse a tramitar y valorar el ingente número de solicitudes hasta transcurridos unos meses desde la entrada en vigor de la norma.

Pese a ello, en octubre de 2007 ya se había producido un desarrollo normativo autonómico (al que ahora nos referiremos), y la maquinaria que compone este sistema protector estaba operativa<sup>65</sup>, habiéndose producido una notable inversión en medios materiales y humanos, aunque el número de prestaciones hechas efectivas era bajo, por el escaso tiempo transcurrido desde la puesta en marcha de la cobertura y la inevitable demora de la tramitación de unas prestaciones de este tipo<sup>66</sup>. Pero en pocos meses las cifras mejoraron de forma llamativa: según los datos a 30 de mayo de 2008, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social había recibido más de 142.000 solicitudes en toda Andalucía, de las que 118.888 ya han sido valoradas, lo que supone un 83,6% del total<sup>67</sup>.

En octubre de 2008 se hizo pública, por parte del IMSERSO, la información estadística del SND, con unos datos que reflejaron que Andalucía era la Comunidad en la que había tanto un mayor número de solicitantes, como de prestaciones concedidas<sup>68</sup>. Los datos eran políticamente controvertidos, para

<sup>65</sup> En cuanto a los datos sobre los recursos materiales y humanos habilitados para asumir esta nueva competencia, los datos ofrecidos por la Consejería e Igualdad y Bienestar Social son los siguientes:

– La puesta en marcha del Sistema para la Dependencia en Andalucía ha supuesto la creación de 1.151 profesionales con el siguiente desglose: a) La contratación de 536 profesionales para las Corporaciones Locales (268 trabajadores sociales y 268 administrativos) para los que la Junta de Andalucía ha destinado 14'9 millones de euros en 2007; b) La creación de 615 puestos de trabajo en las Delegaciones Provinciales de la Consejería adscritos a los Servicios de Valoración que se crean en las correspondientes Relaciones de Puestos de Trabajo; c) La realización de 245 acciones de formación a casi 2.000 profesionales que trabajan en el Sistema.

– La adquisición de equipamiento informático y mobiliario. La asignación en los presupuestos de 2008 de una dotación inicial de 270 millones de euros (más del doble del asignado en el 2007 que fueron de 128 millones de euros).

<sup>66</sup> Así, según datos de la Consejera de Igualdad y Bienestar Social, ofrecidos en su comparencia ante el Parlamento de Andalucía el 24 de octubre de 2007, las cifras de los primeros meses de vigencia de la Ley eran las siguientes: solicitudes presentadas 70.004; solicitudes grabadas en el sistema informático 65.321 (93%); valoraciones realizadas 16.225; dictámenes emitidos 27.928; resoluciones dictadas 8.279. Posteriores informaciones en los medios de comunicación a mediados de noviembre de 2007 elevaban las solicitudes presentadas hasta esa fecha en 73.479, con de 34.939 valoraciones realizadas, que suponían el 55% del total de las iniciadas en el conjunto del Estado. DSPA núm. 132, de 24 de octubre de 2007.

<sup>67</sup> Los niveles y grados de dependencia que tienen derecho a ser atendidos este año en función del calendario de aplicación (gran dependencia, niveles 2 y 1; y dependencia severa, nivel 2) suman ya 83.296 personas. Un total de 44.359 ya gozan de una prestación, de las que casi 22.000 son económicas.

<sup>68</sup> Los datos son altamente elocuentes. A 1 de octubre de 2008, se registraban en Andalucía 192.032 solicitudes (en cifras absolutas le seguía Cataluña, con 72.593), lo que supone el 2,38%

unos porque reflejaban que en ciertas Comunidades la puesta en marcha de la Ley había sido prácticamente nula<sup>69</sup>, y para otros porque entendían que el alto número de solicitudes habidas en Andalucía no es sino reflejo de un uso abusivo cuando no fraudulento de estas prestaciones, acusando al Gobierno andaluz de ser un medio para suplir las carencias que hay en cobertura de los dependientes<sup>70</sup>. Otros han llegado a cuestionar la fiabilidad de los datos suministrados por la Consejería, en el sentido de que se contabilizan como prestaciones del SND lo que eran prestaciones de los servicios sociales comunitarios, duda que puede haber motivado alguna iniciativa parlamentaria abogando por la creación de un organismo vinculado al Parlamento que vele por la aplicación de la Ley<sup>71</sup>.

Los últimos datos al momento del cierre de este trabajo son de 1 de febrero de 2009, registrándose en Andalucía 242.433 solicitudes (en cifras absolutas le seguía Cataluña, con 103.858), lo que supone el 2,96% de la población andaluza (le seguiría la Comunidad Foral de Navarra, con el 2,84%), y el 32,32% de las registradas a nivel nacional. Se habían dictaminado el 76,2 de las solicitudes, habiéndose reconocido 148.252 beneficiarios (el 80,25% de los dictámenes). En cuanto a las prestaciones reconocidas, destaca el número de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que pese a tener un carácter excepcional para la Ley 39/2006, suponen el 30,38% de las prestaciones reconocidas (45.045 prestaciones)<sup>72</sup>.

de la población andaluza (porcentualmente, solo es superada por la Comunidad Foral de Navarra). Se habían dictaminado el 80,65% de las solicitudes, habiéndose reconocido 104.355 beneficiarios (el 73,37% de los dictámenes) (Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia, a 1 de octubre de 2008, Secretaría de Estado de Política Social, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte).

<sup>69</sup> Son de todos conocidas las insinuaciones sobre un eventual boicot a la implantación de la Ley por parte de algunas Comunidades.

<sup>70</sup> (argumentos esgrimidos por el secretario general del PP andaluz en declaraciones al diario ABC el 27 de octubre de 2008).

<sup>71</sup> Hay una proposición de Ley, del Grupo Popular, relativa a la Agencia Andaluza de Evaluación de la Ley de Dependencia, de 28 de diciembre de 2008, con la que —en palabras de los proponentes de la iniciativa— viene a dar respuesta a la necesidad de articular un sistema de evaluación constante de la aplicación y desarrollo de la Ley 39/2006, con el objeto de garantizar que los derechos que se reconocen alcancen al mayor número de beneficiarios posible y que los servicios se presten de una forma ágil, eficaz, transparente y de calidad. Con esta Agencia se articularían de mecanismos de participación, seguimiento, evaluación y propuesta, siendo un órgano que quedaría adscrito al Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 159, de 19 de enero de 2009).

<sup>72</sup> El resto de las prestaciones representa los siguientes porcentajes: ayuda a domicilio (18,75%); atención residencial (8,2%); teleasistencia (6,47%); centros de día/noche (3,38%); prestación económica vinculada al servicio (1,17%); prestación económica de asistencia personal (0,01%)(solo 18); prevención de la dependencia y promoción autonomía personal (0%)(solo 7). Y las demás (31,63%), son prestaciones sin especificar.

### 3.2. Cuadro normativo de desarrollo

La puesta en marcha en Andalucía del SND ha sido posible no solo a las inversiones realizadas, que también, sino al rápido desarrollo normativo de las previsiones de la Ley 39/2006, (y a la circunstancia de que en Andalucía ya se contaba con una red de cobertura que incluía parte de los dispositivos y mecanismos contemplados por la Ley 39/2006, como hemos tenido ocasión de comprobar).

Así, cronológicamente, éste ha sido el desarrollo normativo andaluz de la Ley 39/2006:

– Orden de 23 de abril de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de solicitud del Procedimiento para el Reconocimiento de la Situación de Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 23-4-2007).

– Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración (BOJA 18-6-2007)<sup>73</sup>.

– Instrucciones provisionales de 13 de junio de 2007, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, sobre la elaboración del informe de condiciones de salud para la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

– Orden de 3 de agosto de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOJA 16-8-2007)<sup>74</sup>.

– Orden de 1 de octubre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueban los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en Andalucía (BOJA 22-10-2007).

– Orden de 5 de noviembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la

<sup>73</sup> Con esta norma, se regulan las características específicas y propias de dichos órganos de valoración, así como el procedimiento en cuya virtud se realizará el reconocimiento de la situación de dependencia.

<sup>74</sup> Modificada por Orden de 7 de marzo de 2008. La modificación tiene por objeto ampliar la compatibilidad de prestaciones, en concreto de la asistencia de las personas en situación de Gran Dependencia y Dependencia Severa, en su nivel 2, al Centro de Día que le pueda ser prescrito en su PIA.

acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía (BOJA 14-11-2007)<sup>75</sup>.

– Orden de 15 de noviembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 23-11-2007)<sup>76</sup>.

– Orden de 21 de diciembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía (BOJA 15-1-2008).

– Orden de 21 de diciembre de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se aprueba el modelo de documento contractual para el ingreso de personas mayores en situación de dependencia en centros residenciales del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía (BOJA 16-1-2008).

– Decreto 396/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía (BOJA 7-7-2008)<sup>77</sup>.

– Orden de 4 de septiembre de 2008, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se crea la Comisión Técnica para la elaboración del Plan Integral de Atención a menores de tres años en situación de dependencia en Andalucía 2009-2012 (BOJA 26-9-2008).

– Acuerdo de 25 de noviembre de 2008, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen créditos entre Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y Diputaciones Provinciales al objeto de mejorar la atención a las personas en situación de dependencia (BOJA 16-12-2008)<sup>78</sup>.

### 3.3. Reconocimiento del grado y del derecho a las prestaciones del SND

Como es sabido, la Ley 39/2006 recoge tres grados de dependencia (moderada, severa y gran dependencia), cada uno de los cuales se clasifica, a su vez, en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad

<sup>75</sup> Modificada por Orden de 22 de septiembre de 2008 (BOJA de 7 de octubre de 2008)(corrección de errata de la misma publicada en el BOJA de 14 de octubre de 2008).

<sup>76</sup> Modificada por Orden de 7 de marzo de 2008.

<sup>77</sup> Con esta norma se ha buscado adaptar la Inspección de Servicios Sociales a la Ley 39/2006, que en su artículo 11 contempla la participación de las Comunidades Autónomas en el SND, tanto con la inspección y, en su caso, sanción de los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de centros y servicios, y respecto de los derechos de las personas beneficiarias, como con la evaluación periódica del funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.

<sup>78</sup> Los acuerdos precedentes fueron de 28-11-2006, 31-7-2007, y 20-11-2007.

del cuidado que requiere. La valoración del grado de dependencia se realiza mediante la baremación de las diferentes circunstancias concurrentes. Con este propósito, el artículo 27 de la Ley 39/2006 encomienda al Consejo Territorial del Sistema la elaboración de un único baremo en todo el Estado español, baremo que una vez elaborado será aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto<sup>79</sup>. Siguiendo el iter previsto por la Ley, el baremo estatal fue definido en enero de 2007 por el Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el seno del Consejo Territorial de la Dependencia, y aprobado por el RD 504/2007<sup>80</sup>.

Junto con el baremo estatal, el artículo 27 alude a los baremos propios de las Comunidades Autónomas, indicando que las mismas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. Ahora bien, con objeto de fijar un marco común, el Consejo territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público<sup>81</sup>.

Pues bien, en Andalucía, el procedimiento del reconocimiento de la situación y del derecho a las prestaciones ha sido regulado por Decreto 168/2007, de 12 de junio, mediante un procedimiento que se articula en dos fases:

### 3.3.1. *Fase del reconocimiento de la situación de dependencia*

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se inicia a instancias de las personas titulares del derecho, o de quienes ostenten su representación, ante los Servicios Sociales Comunitarios municipales de su localidad de residencia, en el modelo oficial<sup>82</sup>, comunicándosele el día y hora

<sup>79</sup> Este mandato se reitera en la disposición final quinta de la Ley (junto con la determinación de la intensidad de protección de los servicios previstos), y en la disposición adicional decimotercera de la Ley que establece una valoración específica para los menores de tres años que atienda a las especiales circunstancias que se derivan de su edad. En este punto la Ley no se remite a un mero desarrollo reglamentario, sino que por un lado fija las orientaciones de cuáles deben ser los criterios técnicos de clasificación que inspiren o sirvan de referencia al baremo estatal; y por otro perfila el contenido del mismo. Y marca un plazo para tales desarrollos reglamentarios: en el plazo máximo de tres meses tras la constitución del Consejo y de conformidad con los correspondientes acuerdos del Consejo Territorial.

<sup>80</sup> Norma que debe ser examinada teniendo en cuenta las notables correcciones de errores advertidas, y que se publicaron en el BOE de 18 de mayo de 2007.

<sup>81</sup> La propia Ley establece unas pautas en la valoración, pautas que será exigibles tanto respecto del baremo estatal como los autonómicos: la valoración se realizará teniendo los informes sobre la salud y entorno en el que viva el solicitante, así como considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas (art. 27.5).

<sup>82</sup> Aprobado por Orden de 23 de abril de 2007.



que los profesionales acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración. El grado y nivel de dependencia se valorará teniendo en cuenta el informe sobre la salud<sup>83</sup> y el informe sobre el entorno en el que viva aquélla y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescrita.

Una vez concluida la valoración esta será remitida por los servicios sociales comunitarios al Servicio de Valoración de la Delegación Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, que elevará propuesta de resolución conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir<sup>84</sup>. Finalmente, el titular de la correspondiente Delegación Provincial dictará la resolución que proceda, que determinará tanto el grado y nivel de dependencia de la persona solicitante<sup>85</sup>; como los servicios o prestaciones que, en su caso, correspondan a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia<sup>86</sup>.

### 3.3.2. *Fase de reconocimiento del derecho a los servicios o prestaciones del Sistema (Programa Individual de Atención, PIA)*

Una vez comunicada la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia a los servicios sociales comunitarios que hayan iniciado la tramitación del procedimiento, y siempre que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia deba producirse en el año en que se hubiera dictado dicha resolución, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006, aquéllos elaborarán la propuesta de PIA correspondiente a la persona beneficiaria.

<sup>83</sup> Mediante Instrucción de 13 de junio de 2007 de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud se regula la elaboración del informe de condiciones de salud.

<sup>84</sup> El dictamen del órgano de valoración establecerá, cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse, en su caso, la primera revisión del grado y nivel dictaminados.

<sup>85</sup> Con indicación de la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia conforme el calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006. Asimismo, establecerá, cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que daba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare.

<sup>86</sup> La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales en el plazo máximo de tres meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio de residencia de la persona solicitante. Transcurrido el plazo establecido sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente. El grado o nivel de dependencia podrá ser revisado por las siguientes causas: mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia; y error de diagnóstico o en la aplicación del baremo.

En esta fase del procedimiento los servicios sociales comunitarios deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno<sup>87</sup>, e igualmente se dará participación a la persona beneficiaria o, en su caso, a las personas que lo representen. Los servicios sociales comunitarios remitirán a la correspondiente Delegación Provincial de Igualdad y Bienestar Social la propuesta de PIA, que dictará la resolución aprobatoria del mismo<sup>88</sup>. La aprobación y notificación del PIA deberá producirse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la resolución del reconocimiento de la situación de dependencia<sup>89</sup>.

### 3.4. Servicios y prestaciones según el grado de dependencia

Una vez visto el procedimiento para el reconocimiento del grado de dependencia, procede analizar qué nivel de cobertura corresponde a cada uno de esos grados, es decir, el contenido de la cobertura, la intensidad de la protección.

La Ley 39/2006 fija diferentes niveles de protección, recogiendo un mínimo que se garantiza a nivel estatal, y que se encuentra previsto en el RD 614/2007, de 11 de mayo, y en el RD 727/2007, de 8 de junio. En Andalucía, la intensidad de la protección aparece concretada en la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía<sup>90</sup>. En su artículo 5 establece el decálogo de servicios y prestaciones que pueden corresponder según el grado y nivel de dependencia (Dependencia

<sup>87</sup> Mediante Orden de 1 de octubre de 2007 se aprueba el modelo de informe social, trámite de consulta y propuesta del PIA.

<sup>88</sup> Tendrá el siguiente contenido: a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia; b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste, así como de la participación que en el coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica; c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio; d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación; e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

<sup>89</sup> A su vez, el PIA podrá ser objeto de revisión en los siguientes casos: a) A instancias de la persona interesada o de sus representantes legales; b) A instancia de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes; c) De oficio cuando las circunstancias lo aconsejen y, en todo caso, cada tres años; d) Como consecuencia del traslado de residencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>90</sup> Modificada por Orden de 7 de marzo de 2008.

moderada. Grado I. Nivel 1 y 2<sup>91</sup>; Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2<sup>92</sup>; y Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2<sup>93</sup>).

El sujeto no podrá ser beneficiario de todos los servicios y prestaciones económicas, sino que hay que estar al régimen de compatibilidades previsto para cada uno de los servicios (régimen modificado por Orden de 7 de marzo de 2008)<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Teleasistencia; Ayuda a Domicilio; Centro de Día (UED) y de Noche (UEN); Estancias residenciales temporales en centros residenciales; Prestación económica vinculada al servicio; Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

<sup>92</sup> Igual que la anterior, más la atención residencial.

<sup>93</sup> Igual que la anterior, más la prestación de asistencia personal.

<sup>94</sup> Así: 1. El servicio de Teleasistencia será compatible con todos los servicios y prestaciones salvo con el servicio de Atención Residencial y con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta misma naturaleza.

2. El SAD será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia; b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

3. El servicio de Centro de Día será incompatible con todos los servicios y prestaciones económicas con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia; b) El servicio de Atención Residencial cuando el Centro de Día sea de terapia ocupacional; c) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente; y d) El SAD o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, en los casos en que se determine y con carácter complementario (letra introducida por la Orden de 7 de marzo de 2008).

4. El servicio de Centro de Noche es incompatible con los demás servicios y prestaciones económicas con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia; b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

5. El servicio de Atención Residencial será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) Unidades de estancia diurna con terapia ocupacional; b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de la persona cuidadora o asistente.

6. La prestación económica vinculada al servicio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia, salvo cuando se trate de prestación económica vinculada para la adquisición de un servicio de Atención Residencial; b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales durante el período vacacional de la persona cuidadora.

7. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia; b) Los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, así como con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta última naturaleza, durante el período vacacional de la persona cuidadora.

8. La prestación económica de asistencia personal es incompatible con los demás servicios y prestaciones, con excepción de: a) El servicio de Teleasistencia; b) Los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, durante el período vacacional de la persona asistente.

### 3.4.1. *Intensidad de los servicios de atención a las situaciones de dependencia*

La intensidad de protección de los servicios se determina por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia. Hagamos una breve reseña de su intensidad en Andalucía.

El servicio de Teleasistencia se prestará las veinticuatro horas del día durante todos los días del año para las personas en situación de dependencia, conforme a lo establecido en el PIA y en las condiciones reguladas por las disposiciones aplicables.

La intensidad del servicio de Ayuda a Domicilio estará en función del PIA y se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales, mediante intervalos según grado y nivel de dependencia<sup>95</sup>. Este servicio se suspenderá temporalmente por el internamiento de la persona beneficiaria en establecimientos sanitarios o residenciales con carácter temporal, por un máximo de treinta días anuales.

El servicio de Centro de Día o Unidad de Estancia Diurna pública o acreditada ajustará los servicios establecidos en el artículo 24 de la Ley 39/2006, a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas según su grado y nivel.

La intensidad del servicio Atención Residencial estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su PIA. El servicio de estancias temporales en centro residencial o de respiro familiar se ajustará a la normativa aplicable y se prestará en función de la disponibilidad de plazas del Sistema en la Comunidad Autónoma de Andalucía y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

### 3.4.2. *Prestaciones y ayudas económicas*

En la Ley 39/2006 se prevén tres tipos de prestaciones económicas específicas: la prestación vinculada al servicio (art. 17); la prestación para cuidados

<sup>95</sup> Grado III Gran Dependencia/Horas de atención: Nivel 2 Entre 70 y 90 horas mensuales; Nivel 1 Entre 55 y 70 horas mensuales. Grado II Dependencia severa/Horas de atención: Nivel 2 Entre 40 y 55 horas mensuales; Nivel 1 Entre 30 y 40 horas mensuales. En el PIA de aquellas personas reconocidas en situación de Gran Dependencia (Grado III, niveles 1 y 2) o en situación de Dependencia Severa (Grado II, nivel 2) en el que se establezca el Servicio de Centro de Día y el Servicio de Ayuda a Domicilio, la intensidad de éste será como máximo de 22 horas mensuales, de lunes a viernes, con objeto de facilitarles la asistencia al Centro de Día (párrafo añadido por Orden de 7 de marzo de 2008).

en el entorno familiar (art. 18); y la prestación de asistencia personalizada (art. 19). A ellas hay que añadir las ayudas económicas que, con la naturaleza de subvenciones, tienen por objeto la mejora de la autonomía personal de las personas dependientes facilitándoles apoyos técnicos, eliminación de barreras arquitectónicas y adaptaciones necesarias en su vivienda, y que asistemáticamente se encuentran fuera del articulado, previstas en la Disposición Adicional Tercera. Obviamente, estas mismas prestaciones se contemplan en la Orden de 3 de agosto de 2007, fijando la cuantía de las mismas en Andalucía.

La primera de ellas es la prestación económica vinculada al servicio, que se configura con un carácter subsidiario, en el sentido de que solo procede en los casos de imposibilidad de acceder al servicio<sup>96</sup>, público o concertado de la Red del Sistema para la Autonomía y Dependencia en Andalucía; condicionándose a la adquisición del servicio requerido. Tiene un carácter periódico, de modo que su objeto exclusivo será la cobertura del coste de dicho servicio en entidades o centros privados debidamente acreditados. Tendrán derecho a esta prestación, las personas que acrediten dos condiciones: reunir los requisitos específicos previstos para el acceso al servicio o servicios de atención a los que se vincula la prestación; y ocupar o tener reservada plaza u obtener la prestación del servicio en centro o por entidad debidamente acreditados para la atención a la dependencia. De las prestaciones actualmente reconocidas, solo el 1,17% son de este tipo.

La segunda es la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. A diferencia de la anterior, no tiene un carácter subsidiario, sino que la Ley 39/2006 le atribuye expresamente un carácter excepcional, procediendo solo y cuando el beneficiario pueda ser atendido en su domicilio por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4 y así se establezca en el PIA. Lo destacable es que se atiende a dos sujetos: al dependiente; y al cuidador, que ve recompensado su atención al reconocerse su papel por el Sistema de Seguridad Social, al quedar encuadrado en su campo protector; y ve cómo se le suministran programas de

<sup>96</sup> A estos efectos, se considera que no es posible la atención:

a) Servicio de Atención Residencial: Cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que resida la persona beneficiaria, si se trata de Centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia, o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de Centros de Atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

b) Servicios de Centro de Día y de Noche: Cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria.

c) SAD. La inexistencia o insuficiencia del SAD se certificará por los Servicios Sociales Comunitarios del Municipio de residencia de la persona beneficiaria.

formación y medidas para atender los períodos descanso (programas de respiro). Del conjunto de prestaciones reconocidas, porcentualmente es la más numerosa en Andalucía (el 30,38%).

La tercera es la prestación económica de asistencia personal (art. 19 Ley 39/2006), que se caracteriza por tener un ámbito subjetivo limitado a las personas que se les reconozca una gran dependencia. Esta prestación se condiciona a “la contratación de una asistencia personalizada”. El artículo 15.2 de la Orden de 3 de agosto de 2007 especifica los requisitos<sup>97</sup>. Estadísticamente ocupan un porcentaje ínfimo: solo el 0,01% del total (18 hay reconocidas a 1 de febrero de 2009).

La última de las prestaciones económicas serían las ayudas económicas para facilitar la autonomía personal (disposición adicional tercera Ley 39/2006), que tienen el carácter de subvenciones, se las vincula a una doble finalidad: facilitarle apoyos técnicos o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida ordinaria; y/o la supresión de barreras arquitectónicas y adaptación de su hogar. Actualmente las subvenciones individuales para personas mayores de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social están reguladas por la Orden de 15 de febrero de 2007. En esta norma se establecen subvenciones para la adquisición, renovación y reparación de prótesis y órtesis; así como, subvenciones para la adquisición, renovación y reparación de otras ayudas técnicas y subvenciones para la adaptación funcional del hogar. En todos los casos se tienen en cuenta los ingresos de la unidad familiar per cápita, de modo que estos no pueden sobrepasar el salario mínimo interprofesional. Igualmente, los solicitantes no pueden haber sido beneficiarios por conceptos similares en otras convocatorias. Además en el caso de las prótesis y órtesis el solicitante debe contar con una prescripción facultativa, un informe social y médico, y debe aportar la factura correspondiente. Las subvenciones pueden cubrir el 100% del coste, con el establecimiento de límites máximos según modalidades de ayudas<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Así, tendrán derecho a esta prestación las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Haber sido valoradas en el grado de gran dependencia, en cualquiera de sus niveles; b) Tener capacidad para determinar los servicios que requiere, ejercer su control e impartir instrucciones a la persona encargada de la asistencia personal de como llevarlos a cabo por sí mismo o su representante legal; c) Que la persona encargada de la asistencia personal preste sus servicios mediante contrato con empresa prestadora de estos servicios, o directamente mediante contrato laboral o de prestación de servicios con la persona beneficiaria, en el que se incluyan las condiciones y directrices para la prestación del servicio propuestas por ésta y, en su caso, la cláusula de confidencialidad que se establezca.

<sup>98</sup> Andalucía se encuentra entre las Comunidades Autónomas que cuenta con mayor número de beneficiarios de las subvenciones individuales para la adaptación funcional de hogar. Los datos correspondientes al año 2004 indican un total de 4.312 beneficiarios y un importe medio de 1.607,02 por usuario en Andalucía. No obstante, se observa que otras Comunidades como Cataluña y Galicia destinan un importe medio por usuario más elevado que Andalucía.

Con carácter general, la cuantía de las prestaciones económicas se establecerá anualmente por el Gobierno mediante Real Decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose, al menos, con el incremento del IPC anual. El importe de la prestación económica a reconocer a cada beneficiario se determina aplicando a la cuantía un coeficiente calculado de acuerdo con su capacidad económica personal (conforme a una tabla aprobada al efecto), realizándose el pago en doce mensualidades anuales. La Orden de 7 de marzo de 2008 ha fijado un límite mínimo a tales importes, indicando que todas las prestaciones económicas, en cualquiera de sus modalidades, tendrán un importe que no podrá ser inferior a la cuantía que a continuación se indica, para cada grado de dependencia, reconocido a la persona beneficiaria: Grado III (Niveles 1 y 2): como mínimo, el 100% de la cuantía de las pensiones no contributivas vigente; Grado II (Nivel 2), como mínimo el 75% de la cuantía de las pensiones no contributivas vigente.

La determinación de la cuantía individual de las prestaciones para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal se efectuará en función de la dedicación horaria de los cuidados, de acuerdo con la tabla que se establece a continuación, de tal manera que en la dedicación completa se percibirá la prestación íntegra, en la dedicación parcial el 50% y en la dedicación media será proporcional al número de horas de los cuidados (antes de la Orden de 7 de marzo de 2008 esta regla también se aplicaba a las prestaciones vinculadas al servicio)<sup>99</sup>.

Para la determinación de la cuantía individual de las prestaciones económicas vinculadas al servicio se entenderá que la dedicación horaria de los cuidados corresponde a una dedicación completa con los efectos previstos, excepto en el caso del SAD compatible con el Centro de Día, en el que la cuantía será el resultado de dividir el importe de la prestación económica (determinado anualmente por el Gobierno), por el número de horas de intensidad mínima previsto para cada grado y nivel en dicha Orden y multiplicar por el número de horas del SAD establecido en la resolución del PIA<sup>100</sup>.

De la cuantía a reconocer que resultara de la aplicación de las normas anteriores deberá deducirse cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Dedicación Completa: 160 horas o más al mes; dedicación media: 80-159 horas al mes; dedicación parcial: menos de 80 horas al mes. En todos los casos, corresponde un respiro de 45 días al año.

<sup>100</sup> Párrafo añadido por Orden de 7 de marzo de 2008.

<sup>101</sup> En particular, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la Ley 39/2006, se deducirán las siguientes: el complemento de gran invalidez, regulado en el art. 139.4 LGSS; el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, previsto en el art. 182 bis.2.c, LGSS; el complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva, previsto en el art. 145.6 LGSS; el subsidio por ayuda de tercera persona, previsto en el art. 12.2.c, LISMI.

### **3.5. Adecuación de la Inspección de Servicios Sociales**

La aplicación de la Ley 39/2006 ha requerido una nueva regulación de la Inspección de Servicios Sociales: el Decreto 396/2008, de 24 de junio. Este Decreto sustituye al vigente desde 1999, y con él se pretende garantizar la máxima calidad de los centros de mayores, discapacidad, infancia y drogodependencias, entre otros, y fundamentalmente adapta el funcionamiento de los servicios sociales a la Ley 39/2006 en lo relativo a la participación de las comunidades autónomas en la evaluación periódica de las prestaciones por dependencia.



# PROTECCIÓN SOCIAL E INMIGRACIÓN: LA APUESTA INTEGRADORA EN EL ÁMBITO DE LA ASISTENCIA SOCIAL Y LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

SOFÍA OLARTE ENCABO

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Asistencia Social, Andalucía

La realidad de la inmigración en Andalucía es un fenómeno relativamente reciente que sorprendió a los poderes públicos. La inversión de las tendencias migratorias ha tenido especial impacto en la Comunidad Autónoma de Andalucía, razón por la que se ha desplegado una actuación específica de protección social dirigida a este colectivo. A la luz del nuevo Estatuto de Autonomía, en el que paradójicamente no se menciona expresamente la Asistencia Social, que sí aparecía en el Estatuto de Autonomía de 1981, no cabe duda de que la apuesta integradora de este colectivo continuará en la misma línea. Sin prejuzgar cuales serán los efectos de la crisis económica internacional en España –especialmente afectada por el paro-, todo apunta a un reforzamiento de la protección social de los trabajadores extranjeros con vecindad administrativa en Andalucía de la mano del reconocimiento de un derecho subjetivo a una renta básica sin distinción por razón de nacionalidad y de la inminente aprobación de la Ley de Inclusión Social en Andalucía. Previsiones cuya puesta en práctica y alcance estarán condicionadas por las variables presupuestarias.

## ABSTRACT

**Key Words:** Social Assistance, Andalusia

The reality of immigration in Andalusia is a relatively recent phenomenon which took the public authorities by surprise, occupied until then with the return of thousands of migrant Andalusians to Andalusia. The reversal of migration trends has had a special impact in the Autonomous Community of Andalusia. For this reason, a specific action for social protection directed to this collective has been deployed, as well as an integration commitment through the network of social services and assistance benefits of Andalusia. In view of the new Statute of Autonomy for Andalusia, adopted by Organic Law 2/2007 of 19 March where, paradoxically, no express mention to Social Assistance is made, though it appeared in the 1981 Statute of Autonomy, the integrating commitment for this collective will basically continue the same path followed during the first Statute. Without prejudging the effects of the international economic crisis in Spain –especially affecting unemployment-, everything indicates a strengthening of social protection of foreign workers living in the administrative neighbourhood of Andalusia by acknowledging a subjective right to a basic income without distinction by nationality and the imminent adoption of the Law on Social Inclusion in Andalusia. The scope of these provisions in practice will be subject to budgetary variables.

## ÍNDICE

1. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL EN EL MARCO AUTONÓMICO DE ANDALUCÍA
2. EL DESARROLLO DE LA ASISTENCIA SOCIAL Y LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: PROYECCIÓN E INCIDENCIA EN LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS
  - 2.1 Consideraciones críticas generales
  - 2.2. El I Plan Integral para la Inmigración (2001-2005)
  - 2.3. El II Plan Integral para la Inmigración (2006-2009)
3. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL DERECHO A UNA RENTA BÁSICA EN EL EAA/2007: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INMIGRANTES

### 1. ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL EN EL MARCO AUTONÓMICO DE ANDALUCÍA

El análisis de la proyección y toma en consideración del fenómeno inmigratorio por el “sistema” andaluz de Servicios Sociales y Asistencia Social requiere determinar, siquiera sea brevemente, algunas cuestiones previas. Y no nos referimos sólo a la cuestión relativa a la delimitación de competencias Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de protección social, sobre todo a la luz del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, sino muy especialmente la noción o concepto de servicios sociales y asistencia social porque ello nos servirá para acotar el contenido u objeto de nuestro trabajo.

Protección social, asistencia social y servicios sociales son términos multívocos y muy próximos, todos ellos a su vez reconducibles al más amplio de “política social”. Adicionalmente, dentro del concepto de política social se pueden englobar campos de intervención social tan distintos como el tributario, la vivienda, la educación, la sanidad o la Seguridad Social entre otros, que, junto con la “protección social” son los ejes que vertebran el Estado del Bienestar –de la que el Estado Social no es sino su formalización jurídica-, pero su análisis excedería con mucho de nuestro objeto de estudio.

Acogemos aquí el término “protección social” para titular nuestro trabajo por ser el que tiende a imponerse para referirse a las distintas técnicas de protección social pública, línea que también se impone en la Unión Europea<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. por ejemplo, al máximo nivel el Tratado por el que se constituye una Constitución Europea, que nunca llegó a aprobarse, en cuyo artículo 3.3, entre los objetivos de la UE aparecía la protección social. El hecho de que ni la Constitución Española de 1978 ni el propio Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 –aprobado por Ley Orgánica 6/1981- contengan esta expresión se explica en razones estrictamente temporales, ya que la misma se ha venido imponiendo en los últimos diez años, aunque algunas leyes de presupuestos y decretos anuales de revaloriza-

En nuestro caso, aquí, nos resulta especialmente útil porque engloba tanto los servicios sociales y Asistencia Social, como la Seguridad Social (contributiva y asistencial). Estos son los tres núcleos duros de lo que se considera protección social –además de la sanidad pública, que conforma un sistema diferenciado y aparte–, entendida como conjunto de instrumentos y técnicas de naturaleza pública previstos para atender a situaciones de necesidad económica de las que las personas individualmente consideradas no pueden hacer frente y que, básicamente, comprende, como decíamos, la Seguridad Social, la Asistencia Social y los Servicios Sociales – al margen del Sistema Nacional de Salud<sup>2</sup>.

Las fronteras entre estas tres técnicas de protección social son claras en términos teóricos<sup>3</sup>, sin embargo, en la realidad los límites son difusos y cambiantes o dinámicos y ello no tanto o sólo por razones de orden conceptual, como por motivos de orden competencial –protagonismo de las Comunidades Autónomas para complementar la acción protectora de la Seguridad Social- y por la propia evolución experimentada por cada una de ellas. En efecto, el desarrollo de la rama no contributiva o asistencial de la Seguridad Social ha complicado sensiblemente la delimitación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social, puesto que ahora tenemos también una Seguridad Social “asistencial” junto con la tradicional Seguridad Social contributiva consistente en técnicas de previsión. De otro lado, la accidentada evolución del concepto de Asistencia Social –y decimos “accidentada” por los constantes conflictos de competencias en esta materia–, no hacen sino contribuir a esta dificultad.

Se considera Asistencia Social, cualquier medida orientada a remediar situaciones de necesidad acreditadas que no estén incluidas en el ámbito de la Seguridad Social por el legislador, existiendo una Asistencia Social estatal y las correspondientes a cada Comunidad Autónoma, siendo éstas, concretamente la

---

ción de pensiones ya habían empleado la expresión “protección social”. En la doctrina iuslaboralista ha sido el profesor BORRAJO quien ya en 1989, planteaba la necesidad de evolucionar hacia un término más amplio y omnicompreensivo, en su trabajo, “De la Previsión Social a la Protección Social en España”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 3, 1989. Siendo ya hoy una terminología que se impone también en el plano doctrinal.

<sup>2</sup> La protección social constituye, junto con la promoción social, los pilares fundamentales del Estado del Bienestar, pero conviene tener en cuenta que, a diferencia de la protección social, que, como decíamos tiene por objeto proporcionar a los sujetos los medios necesarios para superar situaciones de necesidad por un defecto de ingresos o un exceso de gastos, fundamentalmente, la promoción social tiene por objeto situar a los sujetos en la posición más ventajosa e igualitaria posible para que ellos puedan procurarse lo necesario para su supervivencia y el desarrollo de su personalidad, siendo el núcleo de la promoción social las políticas de educación y de empleo.

<sup>3</sup> Para una visión de estos conceptos vid. Alonso Seco, J.M. y Gonzalo González, B.: *La Asistencia Social y los Servicios Sociales*, BOE, Madrid, 1997.

desarrollada en Andalucía, junto con los Servicios Sociales de Andalucía el objeto de nuestro estudio. Análisis, además, no de carácter general ni exhaustivo, sino referido sólo a los aspectos relativos a los extranjeros no comunitarios, a los que preferentemente denominaremos inmigrantes<sup>4</sup>.

La CE reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17<sup>a</sup> CE), lo que deja, al menos teóricamente, un espacio de actuación a las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social. De otro lado, las Comunidades Autónomas, siempre que así la asuman en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ostentan la competencia en materia de Asistencia Social (artículo 148.1.20<sup>a</sup>) y Sanidad (art. 148.1.21). Es lógico según esta distribución que en un estudio referido al ámbito autonómico nos centremos en aquéllas materias en las que la Comunidad Autónoma ha asumido competencias plenas: la Asistencia Social –aunque se omita el término en el EAA/2007– y los Servicios Sociales, ya que en materia de Seguridad Social nuestra Comunidad sólo ha asumido competencias ejecutivas. Y ello aunque el Estado no haya abandonado la Asistencia Social del todo, pues el hecho de que se asuma en exclusiva esta competencia por una Comunidad Autónoma, según doctrina constitucional, no excluye la intervención del Estado en este ámbito, al margen de que las técnicas de cooperación y coordinación son necesarias en la configuración del EAA. Incluso la

<sup>4</sup> En este punto, pocos elementos nos aporta el texto constitucional, ya que el artículo 41 CE no conforma un modelo de Seguridad Social sino una idea evanescente, una norma de fines, una norma-programa. De otro lado, tampoco cierra la cuestión el art. 149.1.17 CE, que ha sido objeto de una interpretación constitucional favorable al desarrollo de prestaciones asistenciales autonómicas. En todo caso, la LGSS, en la modificación por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, modificando el artículo 2 del TRLGSS, al definir los principios y fines de la Seguridad Social, establece en su número 1 que *“El sistema de Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”*. De otro lado, el número 2 establece *“el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas... la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta Ley”*. Mas significativo al respecto es la modificación del apartado 4 del artículo 38 LGSS que establece *“Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del Sistema de la Seguridad Social...”*. Con lo que se pretendía cerrar el paso a las Comunidades Autónomas a la hora de introducir prestaciones económicas asistenciales, sin embargo, posteriormente y como consecuencia de cambios políticos, se introdujo un nuevo número 5 en el que se establece que *“Lo previsto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que en el ejercicio de sus competencias puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”* (introducido por la Ley 4/2005, de 22 de abril), que supone una cesión a las presiones autonómicas que va más allá de la doctrina constitucional (STC 239/2002). De este modo queda abierto el sistema de Seguridad Social en su rama no contributiva a las Comunidades Autónomas.

Seguridad Social estatal cuenta ya con importantes elementos asistenciales que además es previsible que crezcan en el proceso global de asistencialización global del sistema de protección social público.

A diferencia de la Constitución que diferencia expresamente entre Seguridad Social y Asistencia Social –ésta última en el artículo 148.1, 20 estableciendo que las Comunidades Autónomas pueden asumir esta competencia–, el EAA/2007 se refiere de forma más imprecisa en su artículo 23 a unas “prestaciones sociales” entre las que incluye, de un lado “un servicio público de servicios sociales” y, de otro, “una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna” para todos, si bien el derecho a percibirla se remite “a lo dispuesto en la Ley”. Sin embargo, ambas prestaciones entran dentro del concepto de Asistencia Social<sup>5</sup>, mientras que en materia de Seguridad Social el EAA/2007 solo asume competencias ejecutivas.

El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 –aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en adelante EAA/2007– elude, sorprendentemente, el término “Asistencia Social” y utiliza el término “Servicios Sociales”, cuando en realidad se está refiriendo a aquélla –la Asistencia Social–. Y es que los servicios sociales son una técnica de protección esencialmente asistencial cuyo contenido son prestaciones técnicas o de servicios, mientras que la Asistencia Social incluye también las prestaciones económicas –que expresamente contempla el EAA–, por lo que es más adecuado interpretar que a efectos competenciales, aun con gran imprecisión, Andalucía ha asumido dicha competencia y no meramente la relativa a los servicios sociales.

El EAA 2007, cuyo contenido se ha visto sensiblemente ampliado –cuantitativa y cualitativamente respecto del anterior–, reconoce una serie de derechos que, con todas las dudas dogmáticas que se quiera sobre el valor jurídico

<sup>5</sup> Se constata una tendencia progresiva a una articulación más cooperativa, menos conflictiva, de la protección social en cuyo desarrollo estarían implicados tanto el Estado como las Comunidades Autónomas. De este modo se tiende, poco a poco, a hacer una lectura en términos de compatibilidad entre igualdad y autonomía política, ya que el respeto de los principios de igualdad, solidaridad y unidad de caja no tiene por qué ser cuestionado por el desarrollo de las competencias autonómicas. Según la doctrina Constitucional, el principio de igualdad no equivale a uniformidad, ya que lo que ha de garantizar es la identidad de situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio nacional y ésta queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas que establecen un mínimo común denominador. Por este razonamiento las CCAA pueden reconocer complementos a prestaciones del Estado o prestaciones complementarias. Al respecto vid. por su claridad y capacidad de síntesis, Alarcón Caracuel, M.R.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en *Política Laborales y de Protección Social y el marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (coord. Prados de Reyes), Monografías Temáticas Laborales, nº 38, 2008, Sevilla, en especial, pg.29 y ss.

de los mismos –dada la exigencia de desarrollo legal– o sobre la procedencia de incluir en un Estatuto Autonómico una auténtica “carta de derechos”, implica una serie de mandatos para los poderes públicos de Andalucía, que conforman un modelo autonómico con una marcada impronta social. Por tanto, la Junta de Andalucía está llamada a desarrollar una Política Social, tanto en un plano general como “sectorial”, es decir referida a colectivos particulares y a necesidades sociales de etiología concreta y diferenciada.

Una de las características del EAA/2007 es que se refiere a la protección social tanto en el Capítulo II del Título I –Derechos y deberes como en el Capítulo III del mismo Título –principios rectores de las políticas pública”, produciéndose una cierta reiteración y solapamiento al repetirse algunos contenidos. En todo caso, y al margen de cual sea su ubicación sistemática, lo cierto es que cuando se trata de derechos prestacionales es imprescindible su desarrollo legal, es decir, son derechos de configuración legal.

Son expresión de la centralidad de la política social en distintos ámbitos los siguientes preceptos del EAA/2007:

- artículo 25: *“para favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda”*,

- artículo 24 en el que se reconoce el derecho de las personas con discapacidad o dependencia a acceder a las prestaciones, servicios y ayudas necesarias para su desarrollo personal y social

- artículo 21, *“se garantiza mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio”*.

- artículo 17 garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia.

- artículo 18 que reconoce el derecho de los menores a recibir la protección y atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes

- artículo 16 que garantiza el derecho de las mujeres a una protección integral contra la violencia de género, que incluirá medidas preventivas, asistenciales y ayudas públicas.

Muy especialmente nos interesa el artículo 23 en el que se expresa no sólo o meramente una competencia sino el compromiso de los poderes públicos de activar una política de protección social. Este precepto establece en su apartado 1:

*“se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales”*.

Por tanto, el EAA impone a la Junta de Andalucía, entre otras obligaciones y servicios públicos, el sostenimiento de un sistema de “servicios sociales”, que

se refiere o abarca más ampliamente a un sistema de asistencia social andaluza que genera para los ciudadanos residentes en Andalucía verdaderos derechos de prestación, aun de configuración legal.

De otro lado, en el apartado 2 establece que *“todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla en caso de necesidad de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley”*. Derecho de prestación, de prestación económica que, al igual que el derecho a las prestaciones de servicios sociales, se reconoce en términos universalistas (todos), idénticos a los empleados en el artículo 41 de nuestra Constitución, cuando establece un mandato a los poderes públicos de que mantengan un régimen público de Seguridad Social para todos, que garantice la suficiencia económica ante situaciones de necesidad. Pues bien este carácter universalista tanto en la definición del ámbito subjetivo de los servicios sociales andaluces como de la renta básica es el que ha de inspirar la actuación de los poderes públicos andaluces, muy especialmente de legislador.

Es criticable la técnica normativa empleada en el EAA/2007, no sólo porque en su artículo 61 omite cualquier mención a la Asistencia Social y en su lugar sólo se refiere a los servicios sociales, sino también porque lo hace junto con otras cuestiones con las que poco tiene que ver –voluntariado, menores y familias–. Se ha de tener en cuenta, además, que los servicios sociales son la técnica prestacional típica de la Asistencia Social, peor no es la única como hemos visto, y, además, difícilmente puede admitirse su atribución en exclusiva ya que los servicios sociales también pueden ser utilizados por la Seguridad Social.

El EAA/07 establece no solo la competencia autonómica en servicios sociales –y hemos de entender, también de Asistencia Social– sino un amplio mandato a los poderes públicos andaluces de promover, desarrollar y sostener dicho sistema y servicios y, más extensamente, una política de protección social, haciendo mención a grupos sociales específicos o diferenciados. Es cierto que no hay referencia entre los grupos que son objeto de especial consideración, a los inmigrantes (a diferencia de las mujeres, los menores o la familia), pero no cabe duda de que éstos constituyen un colectivo que han de ser considerados de forma específica, lo que se funda en lo dispuesto en el artículo 10 el EAA/2007.

De un lado, de forma implícita, a la luz de los objetivos de la intervención de las instituciones de la Junta de Andalucía, ex artículo 10.1:

*“la Comunidad Autónoma de Andalucía promoverá las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; removerá los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y fomentará la calidad de la democracia facilitando la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural. A tales efectos, adoptará todas las medidas de acción positiva que resulten necesarias”*

De otro lado, y esto es importante destacarlo, los inmigrantes son un colectivo que sí ha sido especialmente considerado en el EAA/2007, ya que, junto al objetivo más general establecido en el apartado 1 y del objetivo transversal previsto en el apartado 2 sobre igualdad de género, en el apartado tercero de este artículo 10 están enumerados los objetivos más concretos y específicos que deberán guiar la actuación de la Comunidad Autónoma, siempre en defensa del interés general. Entre éstos, que concretamente son veinticuatro, el décimo séptimo se refiere expresamente a los inmigrantes en Andalucía, siendo el objetivo su integración “social, económica, laboral y cultural”. Por tanto, la integración socio-laboral de los inmigrantes es un objetivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía y siendo un objetivo que han de perseguir los poderes públicos. Y será la lógica de la integración la que haya de presidir cualquier actuación en el campo de los servicios sociales y la asistencia social, lo que implica dar una orientación más integral y comprometida a dichas prestaciones asistenciales.

En este sentido se puede afirmar que la referencia a la integración de los inmigrantes constituye una novedad del EAA/1007 en relación con la Constitución que, como es sabido se refiere precisamente al colectivo “inverso”, los emigrantes españoles (art 42). Y una novedad también respecto al propio EAA/1981 cuyo artículo 12.3, 4º se refería a “la superación de las condiciones económicas, sociales y culturales que determinan la emigración de os andaluces y, mientras esta subsista, la asistencia a los emigrados”. La aparición de este colectivo en el EAA se explica en parte por la especial impronta social del texto estatutario, pero también por razones históricas, ya que entre aquéllos textos y el vigente Estatuto hay veintinueve años de diferencia, en el caso de la constitución y veintiséis en el del EAA/1981, período en el que se ha producido una inversión de las tendencias migratorias en España y particularmente en Andalucía<sup>6</sup>

A partir de este marco constitucional y estatutario en el que hemos visto no solo el reconocimiento de competencia autonómica en el ámbito de las políticas sociales y de protección social –asistencia social y servicios sociales- sino, más allá de ello, la obligación de todos los poderes públicos –Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales<sup>7</sup>– de adoptar dichas políticas, pudiendo ser

<sup>6</sup> Sobre estos cambios e implicaciones, vid. nuestro trabajo, “Constitución y políticas migratorias: ¿Una Constitución de emigrantes para inmigrantes?”, en VV.AA., *El modelo social de la Constitución Española de 1978, 25 Aniversario 1978-2003*, MTAS, 2003, pág. 1397 y ss.

<sup>7</sup> En efecto, aunque la Constitución menciona la Asistencia social entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas y la omite entre las competencias estatales, lo cierto es que el Estado también puede establecer prestaciones de naturaleza asistencial. Es el caso de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. En la STC 239/2002, de 11 de diciembre, el conflicto competencial se produjo entre el Estado y la Junta de Andalucía, supues-



los inmigrantes en cuanto tales –y no en cuanto mujeres o en cuanto menores-objeto de ellas, analizamos en el siguiente apartado el desarrollo de la política de asistencia social y servicios sociales y su proyección sobre los trabajadores extranjeros.

En todo caso la configuración de la política social en el EAA/07 pone de manifiesto el diseño de un modelo social andaluz comprometido con los objetivos transformadores y promocionales propios del Estado del Bienestar y no un mero “*flatus vocis*” como se ha llegado a calificar al elenco de derechos sociales, cuando lo único que sucede es que en cuanto derechos prestacionales son de configuración necesariamente legal.

## **2. EL DESARROLLO DE LA ASISTENCIA SOCIAL Y LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: PROYECCIÓN E INCIDENCIA EN LA INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS**

### **2.1. Consideraciones críticas generales**

La Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con los inmigrantes ha desarrollado una actuación más intensa en el campo de la política social que en

---

tamente porque está habría invadido la competencia exclusiva de aquél en materia de Seguridad Social, al establecer una ayuda complementaria, calificada de Asistencia Social, a los perceptores de pensiones no contributivas de la Seguridad Social y es importante señalar que el TC señala que la Asistencia Social no es una institución de perfiles claro ni nítidos, cuyas fronteras se han hecho más borrosas a partir del momento del desarrollo del nivel no contributivo o asistencial de la Seguridad Social, por ello acaba admitiendo que, dado el carácter complementario de la Asistencia Social respecto de la Seguridad Social, se llega a una definición por exclusión. Esto es, es Asistencia Social lo que no sea calificado como Seguridad Social por el legislador estatal y como malla de seguridad contribuye de forma importante al ideal de cobertura: protección universal, suficiente y frente a cualquier situación de necesidad. En esta sentencia -239/2002-, el TC recupera además, la distinción que ya hacía la STC 76/1986, entre Asistencia Social interna y externa a la Seguridad Social –la primera, competencia del Estado-, si bien es una distinción artificial si se considera que la Asistencia Social “interna” queda limitada a las prestaciones mencionadas en los artículos 38.2, 55 y 56 LGSS, absolutamente marginales y obsoletas (pensiones asistenciales de ancianidad para españoles residentes en el extranjero y emigrantes retornados, antiguas prestaciones de la Ley de Integración Social del Minusválido y las del Fondo Nacional de Asistencia Social, hoy sustituidas por las prestaciones no contributivas). Pero y esto es lo realmente importante, la STC 239/2002 no limita a dichas prestaciones asistenciales la Asistencia Social “interna” sino que afirma en su FJ5 que las prestaciones no contributivas constituyen hoy esa Asistencia Social “interna” al sistema de Seguridad Social, que podrá desarrollar el Estado mientras que “no merme o restrinja el ámbito propio de la asistencia social... con el consiguiente vaciamiento de competencias autonómicas”.

el del empleo propiamente dicho, lo que podría indicar una orientación “anacrónica” a favor de las políticas pasivas-asistenciales en detrimento de las activas-ofensivas. No es casual, desde mi punto de vista, el hecho de que en el EAA aparezca como objetivo primero la integración social, mientras que la integración laboral aparece en tercer lugar, tras la integración económica y precediendo a la integración cultural.

Esta afirmación tiene su confirmación en el análisis de las distintas medidas adoptadas en relación con los inmigrantes, entre las que las de fomento de empleo son casi inexistentes y ello tanto en el campo del trabajo por cuenta ajena como en el del autoempleo individual (autónomos) como en el autoempleo colectivo (cooperativas), lo que contrasta con la dirección seguida en general en el ámbito de las políticas sociales comunitarias y nacionales. Y no es que se trate de descartar las políticas asistenciales, sin duda imprescindibles para la integración de los inmigrantes, sino que un mayor equilibrio entre ellas.

La razón, desde mi punto de vista no estriba en que se descarte el empleo como vía de integración o como condición imprescindible para una plena ciudadanía, ya que esto es hoy incuestionable. La razón es otra muy distinta: la necesidad, de un lado, de controlar los flujos migratorios y la implantación, ya desde las propias instancias comunitarias, de políticas de inmigración restrictivas (opciones político jurídicas), y de otro, desde un punto de vista más jurídico, la necesidad de respetar el principio de preferencia de los nacionales en el acceso al empleo ex artículo 35 CE confirmado como tal por nuestra doctrina constitucional (condicionante constitucional).

Las limitaciones que de dichos factores políticos y jurídicos se derivan para las políticas activas de empleo (integración por el empleo) hace de los servicios sociales y la Asistencia Social una pieza clave para la integración de estas personas en la sociedad, ya que, en la medida en que se vean preteridos o excluidos, según los casos, por los servicios públicos de empleo –y por tanto, de acciones dirigidas a la mejora de su empleabilidad– la prestaciones de servicios que puede proporcionar la red de servicios sociales y las prestaciones asistenciales adquieren un carácter más importante que en el caso de los nacionales, que cuentan con otras vías –o al menos acceden a ellas preferentemente– para lograr su plena inserción socio-laboral. Y en este caso se cumple aquí plenamente la afirmación de que la Asistencia Social es la última malla de seguridad del sistema de protección social.

Partiendo de estas dos observaciones generales –la preeminencia de la asistencia social sobre la de empleo en relación con los inmigrantes y su mayor importancia para este colectivo en cuanto se trata de un grupo social preterido en las políticas de empleo–, consideraciones críticas que, además, son trasladables a todas las Comunidades Autónomas, pasamos a analizar el instrumento en el que se contienen las líneas de la política social de inmigración andaluza, el

denominado Plan Integral para la Inmigración en Andalucía, cuyo análisis crítico, destacando las opciones fundamentales, ocupará nuestra atención, en primer lugar, evitando –lo que en este campo es bastante usual– caer en una enumeración descriptiva de resoluciones sobre subvenciones o programas formativos.

## 2.2. El I Plan Integral para la Inmigración (2001-2005)

Por su importancia, ya que en él se contienen las líneas de actuación fundamentales y también para tener una perspectiva evolutiva, más global, analizamos el Primer Plan, antes de analizar el Segundo que es el que está en vigor hasta finales de 2009.

El I Plan Integral para la Inmigración (2001-2005) se adoptó con la finalidad de lograr una plena integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida y se inspiraba en los principios de igualdad, integralidad, globalidad, coordinación, interculturalidad, descentralización, normalización y socialización. Entre los objetivos del mismo, el plan se refiere sólo a seis, el segundo es *“asegurar el acceso de la población inmigrante a los servicios básicos comunes al conjunto de la población, tales como la sanidad, la educación, la vivienda, los servicios sociales y la atención jurídica, impulsando y realizando estrategias activas que garanticen este acceso”*.

Limitándonos ahora al área de “Recursos Sociales” –y, por tanto, sin entrar en la socio-educativa, socio-laboral, vivienda, socio-cultural, atención jurídica, formación e investigación, sensibilización social y cooperación al desarrollo– la misma se compone de diez objetivos que se traducen en la adopción de 42 medidas, que son las que han marcado la política social de la Junta de Andalucía sobre la materia en esta etapa –y que a su vez recogen prácticas anteriores que ahora adoptan una conformación más sistemática e integral–.

Los objetivos específicos en este Área de Recursos Sociales son los siguientes:

- informar, orientar y asesoramiento en materia laboral, jurídica, social y educativa;
- promover la participación social y el asociacionismo de los inmigrantes;
- tutela inmediata y ejercer la tutela de los menores extranjeros no acompañados;
- ejercicio de la guarda legal de los menores extranjeros no acompañados en los centros de protección de acogimiento residencial;
- atención socioeducativa a los niños de 0 a 3 años de edad hijos de inmigrantes;
- detección, formación e integración de jóvenes inmigrantes para que actúen como Corresponsales Juveniles cerca de su comunidad.

- facilitar el acceso del as mujeres inmigrantes a los recursos existentes para que puedan beneficiarse de ellos y mejorar sus condiciones de vida;
- facilitar la información y atención necesaria a las mujeres inmigrantes que en el seno de su pareja sufren violencia;
- asesorar, informar y acoger a mujeres inmigrantes que hayan sido víctimas de explotación sexual para facilitarles la salida de esa situación poniendo en juego los recursos pertinentes.

Conviene señalar que el I Plan no partía de cero, en el sentido de que ya se habían dado pasos importantes para la integración de los inmigrantes en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Destacando:

En primer lugar, la Ley de Servicios Sociales 2/1988, de 4 de abril, especialmente en su Título II, Capítulo Primero, cuyo art. 3, se refiere a los extranjeros y establece que son titulares del derecho de Servicios Sociales los extranjeros, refugiados y apátridas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, siempre de conformidad con lo dispuesto en las normas, tratados y convenios internacionales vigentes en la materia. Y al respecto hemos de recordar que la Ley Orgánica 4/2000, de 21 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros reconoce en el artículo 14.3 el derecho de los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa a los servicios y prestaciones sociales básicas, entre las que sin duda se sitúan los servicios sociales y las prestaciones de asistencia social. Por tanto, hemos de entender que esta norma incluye como titulares de estos derechos a los inmigrantes.

Coherentemente con dicha previsión legal, la Junta de Andalucía efectuó un Plan de Servicios Sociales de Andalucía para el período 1993-1996, coincidiendo con un proceso extraordinario de regularización de inmigrantes en los años 1991 y 1992 que supuso normalizar la situación de 15.000 inmigrantes en Andalucía. Esta evolución hizo que fuese la primera Comunidad que destinó una partida presupuestaria específica para la protección social de la población inmigrante, estableciendo una línea de trabajo basada en el conocimiento de la realidad, la planificación de los recursos dirigidos a los colectivos afectados, haciendo especial hincapié en los factores de exclusión y discriminación. Es una fase, no obstante, que más se puede calificar de estudio y planificación que de intervención propiamente dicha.

Desde el Plan General de Servicios Sociales de 1993-1996 se han planificado programas y actuaciones en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, si bien han quedado parcialmente limitados en su alcance por los diferentes efectos atribuidos al empadronamiento en el marco local. Así, tanto la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales reguladora del Servicio de Ayuda a Domicilio de 1996, como la Orden reguladora del Servicio de Teleasistencia de 2002 contienen la exigencia de empadronamiento como requisito para el acceso a estas prestaciones, aunque en la práctica las distintas Unidades de

Trabajo Social no siempre han actuado controlando ni exigiendo dicho requisito. Además de que la exigencia del empadronamiento se relaciona no sólo con cuestiones de nacionalidad, ya que afecta por igual a los españoles.

La Junta de Andalucía ha venido participando ya desde esta etapa en programas europeos –en especial, el Proyecto Diversidad– con la finalidad de conseguir la integración social y laboral de los inmigrantes no comunitarios residentes en Andalucía. También ha firmado Convenios de colaboración (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Consejería de Asuntos Sociales) anuales como vía de coordinación vertical con la Administración Estatal, para acciones conjuntas en materia de atención a inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados y para el desarrollo de actuaciones conjuntas en materia de acogida a inmigrantes.

También se han desarrollado actuaciones en materia de asociacionismo y respecto de cierto tipo o “subcolectivo” de inmigrantes en situación de especial vulnerabilidad, respecto de los que se han adoptado medidas específicas. Concretamente, para menores y menores no acompañados (programas de acogimiento residencial), jóvenes inmigrantes (se crean los Centros de Información Juvenil (CIJ) coordinados por la Junta de Andalucía (la Red de centros es amplia: 355 en el año 200, la mayoría de dependencia municipal), mujeres inmigrantes (captación para que acudan a Centros Municipales de Información de la mujer, Centros Provinciales de la Mujer, Centros de Acogida para Mujeres Víctimas de malos tratos y Pisos Tutelados para mujeres que hayan estado acogidas).

Además de estas medidas específicas dirigidas a menores y mujeres, los inmigrantes en general tienen derecho acceder en condiciones de igualdad con los nacionales a los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados, siendo competencia de las Diputaciones Provinciales la coordinación y gestión de los Centros de los Servicios Sociales comunitarios y de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local en los municipios hasta 20.000 habitantes y de los Ayuntamientos cuando la población sea superior –art. 18 Ley 2/1988, de Servicios Sociales de Andalucía–.

El catálogo de prestaciones básicas establecido por el Decreto 11/1992 incluye las siguientes:

- información, valoración, orientación y asesoramiento;
- ayuda a domicilio
- convivencia y reinserción social y
- cooperación social.

Junto a ellas, las prestaciones complementarias comprenden las ayudas de emergencia social y las ayudas económicas familiares a las que podrán acceder también estas personas.

A estas prestaciones se pueden añadir todas las dirigidas a colectivos en situación de especial vulnerabilidad, como las siguientes de especial importancia:

– Prestaciones del Programa de Solidaridad para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía (Salario Social), antiguo “salario social” regulado por el Decreto 2/1999, de 12 de enero (BOJA nº 16, de 2 de febrero de 1999)<sup>8</sup>. Este programa contempla prestaciones económicas y prestaciones de servicios que son las siguientes: un ingreso mínimo de solidaridad (prestación económica mensual del 62% del Salario Mínimo Interprofesional, incrementada en 8% por cada miembro de la unidad familiar); un itinerario profesional que contempla servicios de orientación profesional, formación profesional ocupacional, fomento del empleo e inclusión el servicio andaluz de colocación; medidas educativas de adultos y de acceso a la vivienda. Es importante advertir que entre los requisitos de los beneficiarios no aparece ninguno relativo a nacionalidad, aunque sí se exige un empadronamiento previo de un año, a todos sin distinción. En el caso de unidades unipersonales, salvo el caso de menores tutelados de la Junta de Andalucía a los que se exige la mayoría de edad, se establece un requisito de edad mínima, veinticinco años y carencia de rentas. En todo caso se exige para el acceso a estas rentas el que la familia o unidad convivencial resida en Andalucía y lleve constituida un año como mínimo, para lo que se exige un año de empadronamiento en un mismo domicilio ubicado en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Quizá el factor que mas incide en la dificultad de acceso a estas rentas para los trabajadores extranjeros sea el hecho de que, aun dependientes económicamente, su familia resida en el país de origen.

En efecto, es cierto que una sola persona puede tener la consideración de unidad familiar para ser beneficiario de la Renta Mínima de Solidaridad, sin embargo, entre los requisitos, además, del requisito de edad mínima (veinticinco años) y máxima (sesenta y cinco), excluye expresamente (art. 3.3 del Decreto 2/1999, de 12 de enero, a las personas

<sup>8</sup> Fue en 1990 cuando se inició en Andalucía lo que ahora se conoce como “Rentas Mínimas de Inserción” como complemento de las prestaciones de la Seguridad Social contributivas y asistenciales. Se introdujeron a través del Programa de Solidaridad de los Andaluces, nacido del acuerdo en el Diálogo Social entre la Junta de Andalucía y los interlocutores sociales, cuya finalidad era la adopción de medidas para erradicar la marginación y la desigualdad en Andalucía y se basaba en la consideración de los ciudadanos andaluces como sujetos activos de la sociedad y en una filosofía de inserción, dejando en último término la vertiente puramente asistencial. Posteriormente se han ido sucediendo Programas de Solidaridad en los que, continuando con los objetivos y presupuestos del primero, se han mejorado aspectos de procedimiento administrativo y gestión, haciendo del Ingreso Mínimo de Solidaridad la medida principal, si bien se insiste en la idea de integración a través del empleo, intentando superar una concepción meramente asistencial.

que no sean ciudadanos de la Unión Europea. No obstante, pese a las dudas interpretativas que el precepto pueda plantear, lo cierto es que esta exclusión se refiere a los supuestos de unidad familiar unipersonal, es, por tanto, una exclusión de los trabajadores extranjeros en situación de necesidad que puede resultar discriminatoria y contraria a lo dispuesto en el artículo 14 de la LOEXIS, además de no contribuir a la integración de estas personas<sup>9</sup>.

– Renta agraria para trabajadores eventuales agrarios, siempre que los inmigrantes reúnan los requisitos exigidos con carácter general, entre ellos residencia por un período de 10 años en una localidad de Andalucía (o Extremadura) y doce meses previos en el Censo del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Es visible pues que, aunque no se alude a la nacionalidad como requisito y aunque sea éste uno de los sectores que absorbe más inmigrantes, sin embargo los requisitos tan elevados de residencia hacen difícil, por no decir imposible, el acceso a estas prestaciones a los trabajadores temporeros inmigrantes en Andalucía, ya que normalmente deben limitar su estancia y residencia a los períodos de actividad, pareciendo implícito en la norma que dicho período se exige, además, de forma continua.

– También es destacable la Comisión para la reforma del Programa de Solidaridad (Decreto 113/1998) y el Decreto 2/1999 por el que se establece la creación del Programa de de Solidaridad de los andaluces para la Erradicación la Marginación y la Desigualdad.

### 2.3. El II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía (2006-2009)

Continuando con la misma línea del Plan anterior y demás actuaciones y primando un planteamiento de integración de estas personas en la red de prestaciones asistenciales y servicios sociales generales con arreglo al principio de igualdad, sin excluir la atención a los problemas específicos y en el marco del diálogo social, se adoptó el II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía, que es claramente continuista con el Primero.

El II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía (2006-2009), teniendo en cuenta los cambios experimentados desde la entrada en vigor del Primero,

<sup>9</sup> En general, las rentas mínimas, y la Renta Mínima de Solidaridad de Andalucía no es una excepción, son una prestación mixta o compleja en cuanto no consisten sólo o meramente en la percepción de un subsidio económico, ya que la percepción de éste se subordina a la participación del beneficiario en acciones de empleo. En el caso concreto de la renta mínima andaluza se establecen itinerarios profesionales que comportan obligaciones de formación y empleo para el beneficiario, medidas educativas y acceso a vivienda.

pretende favorecer la integración social, laboral y personal de los inmigrantes, como sujetos de derechos y deberes en el seno de la sociedad andaluza, así como asegurar el acceso de este colectivo, en condiciones de igualdad, a los servicios básicos comunes al conjunto de la población, como la sanidad, la educación, el empleo, la vivienda, los servicios sociales o la atención jurídica. Ya desde el principio se ha optado por tanto por la integración en el conjunto de prestaciones y servicios asistenciales, no creando prestaciones o servicios *ad hoc*, sin duda una opción más estigmatizante que entendemos no sería admisible en nuestro marco constitucional ni siquiera como medida de acción positiva ya que su resultado sería claramente segregacionista.

Se trata de un Plan verdaderamente integral en cuanto abarca prácticamente todos los ámbitos de la vida social y aunque es “tímido” en algunos puntos –por ejemplo no se ha dado el paso de promover la participación política y sindical de forma expresa-, globalmente considerado es avanzado en el sentido de que trata de extender las políticas sociales a todos los inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, es decir, incluyendo a los que carecen de permisos de residencia y/o trabajo o incluso sin empadronamiento, lo que, entendemos no constituye una infracción de la Ley 4/2000 (Ley de Extranjería), que como es sabido diferencia el estatus jurídico de unos y otros, reconociendo en su artículo 14.3 el derecho de estos a los servicios y prestaciones sociales básicos cualquiera que sea su situación administrativa. Además, en el espíritu de la misma está la consecución de la integración social, objetivo que ya anuncia la propia denominación de la Ley de Extranjería. Otra cosa habría sido si en el ámbito autonómico se estableciera la posibilidad de contratación laboral o establecimiento por cuenta propia de los inmigrantes sin los correspondientes permisos, pues ello sí contravendría una norma estatal imperativa y de orden público e invadiría la competencia exclusiva del Estado en materia de inmigración.

El II Plan, que coordina la Consejería de Gobernación con la participación de todos los Departamentos del gobierno andaluz, cuenta con once áreas de intervención la mayoría de las cuales pueden considerarse incluidas dentro del concepto de “políticas sociales”, aunque no son subsumibles en el concepto de “protección social” que sin duda está contenido en el área de inclusión y bienestar social. Así para dar cuenta del carácter integral del plan y de la amplia proyección de política social, destacan las siguientes “Áreas” de actuación:

1. Área socioeducativa en la que se pretende desarrollar actuaciones para la integración de las personas de origen extranjero en el marco de la política educativa de la Junta de Andalucía, incluyendo las que fomentan una participación más alta por parte del alumnado y sus familias, prestando especial atención a los posibles problemas de identidad cultural de los menores inmigrantes. También dentro de esta área



está prevista la adopción de medidas destinadas a la Formación Permanente de Adultos Extranjeros.

2. Área Socio-sanitaria: se pretende la extensión a toda la población inmigrante de la atención sanitaria, más allá de su situación administrativa, especialmente en los dispositivos de atención primaria y atención especializada, todo ello en el marco del III Plan Andaluz de Salud (y también se incluyen aquí las acciones en materia de atención a drogodependencias y adicciones y salud mental).
3. Área de equipamientos, alojamiento y vivienda. El problema de acceso a la vivienda de los inmigrantes, ya mediante alquiler o compra es reconocido y para contrarrestarlo se impulsa la colaboración de los promotores públicos y privados, así como la creación de figuras de intermediación efectiva para el alojamiento en régimen de alquiler para temporeros.
4. Área de cultura, ocio y participación. Se parte del presupuesto de promover y favorecer el intercambio de culturas en todas sus manifestaciones, conformando una sociedad abierta, rica y plural. Se hace del ocio un instrumento de integración, considerando el deporte esencial en este proceso. También, promoción de la participación de la población extranjera en los distintos ámbitos de la sociedad en aras a una mayor integración, estableciendo espacios de comunicación que implican a todos los integrantes.
5. Área de atención jurídica en la que se propicia la asistencia jurídica para aquellas personas que atendiendo a su situación administrativa lo necesiten, así como para todos los que lo soliciten en atención a su necesidad.
6. Área de formación que se ha orientado a fomentar la especialización y cualificación de los recursos humanos profesionales y la calidad de las actuaciones que se realicen.
7. Área de investigación: promocionar el estudio del fenómeno para asistir a los poderes públicos en la toma de decisiones.
8. Área de sensibilización social, siendo su objetivo principal ofrecer información veraz que permita una comprensión del fenómeno inmigratorio por parte de los ciudadanos y ciudadanas, así como de los profesionales de la materia; fomento de valores solidarios y que promuevan la diversidad como factor de cohesión social.
9. Área de cooperación al desarrollo, promoviendo la mejora de las condiciones en los países de origen desde una perspectiva integral.

El área de inclusión y bienestar social, que es la que nos interesa fundamentalmente por referirse al núcleo de la protección social, ha supuesto un

importante avance respecto de la legislación estatal, al haber propiciado el acceso de la población inmigrante, sin distinciones, a los servicios y recursos previstos por la Ley de Servicios Sociales, el Plan Andaluz para la Inclusión Social 2003-2006 y Plan de Apoyo a las Familiar, con especial compromiso en los servicios sociales comunitarios y con programas específicos para menores, jóvenes y mujeres inmigrantes.

Las medidas que se adoptan en dentro del área de inclusión y bienestar social son las siguientes: actividades de formación y estudio en las zonas transfronterizas, promover la participación social y el asociacionismo de la población inmigrante, así como el agrupamiento en federaciones, redes y otras estructuras análogas, desarrollar modelos de actuación catalogados como buenas prácticas, con objeto de favorecer la integración de las personas inmigrantes en la sociedad de acogida, fomentar el acceso normalizado de la población inmigrante al Sistema Público de Servicios Sociales; informar, orientar y asesorar a la población inmigrante sobre la realidad de la sociedad andaluza, facilitando el proceso de integración; promover la participación, el asociacionismo y el voluntariado social entre la población inmigrante como mecanismo de integración en la sociedad andaluza; ofrecer atención inmediata y primera acogida a menores extranjeros no acompañados; ejercer a través del acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores, la guarda y tutela de menores procedentes de la inmigración en situación de desamparo; informar, orientar y asesorar a las mujeres inmigrantes sobre sus derechos y obligaciones, así como de los recursos a los que tienen acceso; facilitar el acceso de las mujeres extranjeras e inmigrantes que hayan sido víctimas de violencia de género a los recursos de información, asesoramiento, atención y acogida; apoyar acciones dirigidas a la prevención y eliminación del tráfico de mujeres con fines de explotación sexual; promover que los Centros de Información Juvenil en las zonas con mayor incidencia de población inmigrante integren en sus respectivos grupos de corresponsales juveniles a jóvenes inmigrantes.

Para la consecución de estos objetivos se han dictado órdenes y resoluciones por las que se convocan subvenciones personales o a asociaciones, se han creado organismos dedicados a llevar a cabo estos fines y se han adoptado programas y actuaciones por parte de los preexistentes.

Recapitulando, lo cierto es que, pese a las dudas iniciales, la Junta de Andalucía, en lo que a asistencia social, sanidad o educación se refiere, se constata una voluntad firme de no de adoptar un régimen diferenciado “ad hoc” para inmigrantes, lo que constituiría un gueto dentro del sistema educativo, sanitario o asistencial. Al contrario, los esfuerzos se han dirigido a potenciar el acceso de los extranjeros a la red de servicios sociales y a las prestaciones de asistencia social en condiciones de igualdad con los nacionales, intensificando medidas de información y divulgación entre el colectivo y

eliminando las barreras lingüísticas que dificultan el acceso a estos servicios y prestaciones sociales básicas.

Por ello, las medidas que tienen como destinatarios a los inmigrantes son de carácter medial, en cuanto pretenden proporcionar los resortes necesarios para que estas personas accedan a la red de servicios públicos de Andalucía, lo cual es coherente con una clara voluntad de integración social. Lo contrario: por ejemplo una escuela de inmigrantes, médicos o centros de salud para inmigrantes o servicios sociales sólo para ellos, contribuiría a profundizar en una tendencia a la segregación. De esta manera se combinan de forma equilibrada la atención a los problemas específicos, a la vez que se articulan a través de las vías y servicios generales dirigidos a toda la población con vecindad administrativa en Andalucía.

En efecto, la consecución de la plena integración social y laboral de estas personas pasa por que accedan a todas las acciones, servicios, programas, prestaciones y recursos en general de la Junta de Andalucía, con los mismos requisitos y en las mismas condiciones (principio de igualdad asistencial), para lo cual ha sido importante el papel de la Red de Mediadores Interculturales y de las Redes de Información, Orientación y Asistencia Sociolaboral. Igualmente destacable en este sentido ha sido el impulso dado al asociacionismo y participación social de inmigrantes.

En el plano administrativo, y aunque los dos Planes Integrales han sido coordinados por la Consejería de Gobernación, la coordinación en sí de los Servicios Sociales corresponde a la Consejería para la Igualdad y la Bienestar Social (Decreto 205/2004, de estructura orgánica de esta Consejería). El hecho de que se haya partido de una opción –como venimos diciendo– política de facilitar el acceso en condiciones de igualdad a toda la población, no ha impedido adoptar medidas de carácter transversal que han implicado a distintas Consejerías o incluso a la Administración local y a las entidades privadas sin ánimo de lucro, a través de convocatorias de ayudas públicas inicialmente de la Consejería de Asuntos Sociales –posteriormente, de la de Igualdad y Bienestar Social– y gestionadas por las Corporaciones Locales, sindicatos y ONGS para llevar a cabo actuaciones como asesoramiento, sanidad, asistencia jurídica o reagrupación familiar cuyos destinatarios eran los inmigrantes.

Junto a la administración autonómica ha sido manifiesta la importancia del “tercer sector” –generalmente asociaciones de inmigrantes o asociaciones pro inmigrantes, pero también otras entidades sin ánimo de lucro– en el desarrollo y gestión de la política social y asistencial, siendo esto, desde nuestro punto de vista, una pieza clave en el éxito de muchos de los programas adoptados por la Junta de Andalucía.

Desde el punto de vista subjetivo, también en sentido positivo se valora la atención específica que ha recibido en el Plan el colectivo de la mujer inmi-

grante, dentro del área de “Recursos Sociales”, por considerar que está en una situación de especial vulnerabilidad, tanto por factores culturales como por pesar sobre ellas las cargas familiares y ciertas formas de explotación sexual. Pero incluso prestando una atención diferenciada, también encontramos la misma línea de política social de potenciar su acceso a todos los recursos existentes con carácter general, en este caso para mujeres, de forma que no se creen servicios sociales a parte (por ejemplo guarderías sólo para hijos de mujeres inmigrantes) y ello por su impacto estigmatizador.

Finalmente, desde la perspectiva económico-financiera, atendiendo a las asignaciones presupuestarias, número de medidas e indicadores de resultados, es claro que es el área de los “recursos sociales” –protección y política social– la que mayor impulso y desarrollo ha experimentado en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en detrimento de los esfuerzos presupuestarios en el área de empleo de inmigrantes, tendiendo incluso a extenderse la perspectiva asistencial al ámbito del empleo (garantía de alojamientos dignos para los trabajadores de temporada, por ejemplo). Y es que, a diferencia de lo que sucede en materia de empleo, como ya decíamos, no existe en materia de Asistencia Social un principio de preferencia asistencial a favor de los nacionales, cosa que como veíamos sí sucede en materia de empleo, donde los españoles gozan de preferencia en lo que a acceso al mismo se refiere.

### **3. EL ALCANCE SUBJETIVO DEL DERECHO A UNA RENTA BÁSICA EN EL EAA/2007: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INMIGRANTES**

El artículo 23.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de 2007 reconoce en su artículo 23.2 un “derecho a una renta básica” cuya titularidad se atribuye a “todos”, en términos idénticos al mandato constitucional a los poderes públicos para que mantengan un régimen público de Seguridad Social para todos (art. 41 CE).

El art. 23 EAA/2007, cuya rúbrica es “Prestaciones sociales” establece:

1. *Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales.*
2. *Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en el caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.*

De otro lado, el artículo 61.1 establece que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso

incluye la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública. Es claro que se este último inciso –otros sistemas de de protección pública– se refiere al Sistema de Seguridad Social, por lo que dentro del precepto se pueden subsumir tanto las ayudas complementarias a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social –se trataría de prestaciones complementarias de las de Seguridad Social–, como otras prestaciones asistenciales propias de la Comunidad Autónoma, como son el ingreso mínimo de solidaridad, renta mínima de inserción o la renta básica.

Lo realmente criticable, a parte del aspecto competencial ya señalado en el primer apartado de este trabajo –y es que la Asistencia Social no puede ser competencia exclusiva autonómica, ya que el estado también puede desarrollar la Asistencia Social interna al sistema de Seguridad Social– es criticable que las prestaciones asistenciales y ayudas complementarias a las prestaciones de la Seguridad Social se incluyan dentro de los “Servicios Sociales”, ya que no lo son. Esto no tiene otra explicación que la ya denunciada desaparición, incomprensiblemente, de la Asistencia Social como título competencial propio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Razón por la que nos reafirmamos en la interpretación de que la referencia a los Servicios Sociales ha de entenderse hecha en realidad a la Asistencia Social.

Partiendo de estos presupuestos, estamos ante un Estatuto que reconoce derechos, por lo que el EAA/2007 no se limita a la clásica concepción de las normas estatutarias según la que los Estatutos de autonomía serían normas de carácter institucional y competencial. Contenido y carácter que viene a confirmar la STC 247/2007, de 12 de diciembre, ya que la Constitución no limita el contenido de los Estatutos de Autonomía y no se considera que el reconocimiento de derechos a los ciudadanos con vecindad administrativa en una Comunidad Autónoma atente contra el principio de igualdad, siempre que se refieran a competencias autonómicas. Conviene precisar de otro lado, como hace la propia Sentencia 247/2007, que en todo caso se trata de derechos de configuración legal, en el sentido de que será el legislador autonómico quien le de un contenido y alcance determinados.

El significado del derecho a la renta básica, aunque se ha cuestionado en la doctrina sobre la posibilidad de que se trate de un “ingreso básico universal”<sup>10</sup>,

<sup>10</sup> Vid. al respecto, Martínez-Gijón Machuca, M.: “Análisis crítico del artículo 23.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en VV.AA *Políticas laborales y de protección social y maraco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, coord. Prados de

tiende a ser considerado como una prestación mixta o compleja: prestación económica asistencial y prestaciones dirigidas a la mejora de la empleabilidad y la inserción laboral<sup>11</sup>.

En el caso del derecho a la renta básica reconocido en el nuevo Estatuto de Autonomía parece claro que predomina una concepción predominantemente asistencial, dado que su objetivo es “que garantice unas condiciones de vida digna”, lo que no excluye que la prestación económica asistencial se combine con acciones de empleo, ya que la consecución de un puesto de trabajo será la garantía plena de vida digna y ciudadanía, siempre que se trate de formas de empleo de calidad, no precarias.

De otro lado, y a diferencia de lo que se propugna con las denominadas rentas mínimas universales, el EAA establece que se percibirá “en caso de necesidad”, por lo que su percepción no se prevé indiscriminada cualquiera que sea el nivel de renta.

Y, finalmente, el precepto –art. 23.2 EAA/2007– establece que este derecho de todos a una renta básica en caso de necesidad, se reconocerá “con arreglo a lo establecido en la Ley” y será esta, por tanto, la que determine su régimen jurídico, requisitos subjetivos, objetivos, procedimiento de reconocimiento y cuantía, fundamentalmente.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, el desarrollo legal de este precepto Estatutario ha de respetar el contenido mínimo establecido en el EAA, que básicamente es que garantice un nivel de vida digno, que se perciba solo en caso de necesidad (naturaleza asistencial) y que se reconozca a “todos”. En relación con este último inciso, no se puede negar que se trata de una redacción de orientación universalista siempre sobre la base de una situación de necesidad.

Estas consideraciones son las que ha tenido en cuenta el legislador en la elaboración del anteproyecto de Ley andaluza de Inclusión Social, que respeta

---

Reyes, Monografías Temáticas Laborales, núm. 38, Sevilla, 2008, pág. 60 y ss. , que sostiene que cabe dar dos significados a dicho precepto, uno moderado que vendría a suponer una prestación similar a las rentas mínimas de inserción implantadas en Andalucía desde los años noventa y a la renta activa de inserción a nivel nacional. El otro, más novedoso y radical, identificaría este derecho a la renta básica con una prestación económica universal sin ningún condicionamiento respecto a los ingresos económicos del solicitante, con connotaciones aristotélicas según la que se trata de liberar al individuo de la necesidad garantizando la libertad frente al trabajo como forma de dominación. Sobre esta última concepción vid. Van Parijs, P. y Vanderborghat Y.: *La renta básica (Una medida eficaz para luchar contra la pobreza)*, Paidós, Barcelona 2006, pg. 107 y ss. y Gorz, A.: *El porvenir de la clase obrera: el que no trabaje comerá*, Noticias Obreras, 985, 1988.

<sup>11</sup> En esta línea vid. Monero Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, estudio no limitado al modelo andaluz sino que analiza puntualmente cada uno de los derechos de idénticas características en las Comunidades Autónomas más significativas y pioneras en la materia.

estos tres elementos del texto estatutario. Este anteproyecto no se aprobará en esta legislatura y ha de pasar por el Informe previo del Consejo Consultivo y del Consejo Económico y Social de Andalucía pero del texto en tramitación pueden destacarse los siguientes aspectos:

- parece claro que el objeto de esta ley es regular el derecho subjetivo a la renta mínima reconocido en el EAA/2007, al menos esto establecía el art. 1 del Anteproyecto.

- se condiciona su reconocimiento a la acreditación de situación de necesidad, considerando tal la percepción de ingresos inferiores al 75% del IPREM –Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples–, cuando hasta ahora el umbral se situaba en el 62% del Salario Mínimo Interprofesional, lo que tiene un efecto “expulsivo” y remite cada vez más a situaciones de miseria y no de mera pobreza.

- contempla la revisión periódica, de tal forma que ya no sería, como hasta ahora de seis meses prorrogables y de duración indefinida.

- la cuantía pasa a ser el 75% del IPREM, que se incrementará un 8% por cada miembro de la unidad familiar hasta completar el 100% del IPREM.

- en cuanto a los requisitos subjetivos se exige la mayoría de edad y que los beneficiarios lleven empadronados en un municipio andaluz al menos 24 meses antes de la solicitud, por lo que se eleva la vecindad administrativa de uno a dos años (efecto expulsivo adicional). No obstante, contempla como excepción a dicho plazo a aquéllas personas que no la tengan precisamente como consecuencia del proceso de inserción.

- al igual que el ingreso mínimo de solidaridad reconocido por Decreto 2/1999, el reconocimiento y percepción de la prestación económica asistencial se condiciona a la suscripción de un “convenio” individualizado de inserción en el que se contemplan compromisos y acciones concretas en materias educativas, formativas, sanitarias, laborales, sociales y de vivienda. De tal forma que la renta básica formaría parte de un proceso integral para la superación de la situación de exclusión social, que incluye el compromiso del receptor de no rechazar ofertas de empleo y otros como que sus hijos asistan a clase o la asistencia a cursos de formación;

- y, finalmente, se está debatiendo mucho la conveniencia de introducir como principio orientador el de interculturalidad<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Conviene precisar que hemos empleado el término integración en un sentido omnicomprensivo, ajeno a su acepción vulgar (sinónimo de asimilación, que lleva a la disolución cultural). Es decir, que la integración de la que hablamos en realidad se refiere más a una inserción, lo que comporta como resultado la pluralidad y se contrapone a la absorción o asimilación. Por ello consideramos que la aceptación del principio de interculturalidad vendría a consagrar en el derecho positivo las opciones políticas en materia de asistencia social y políticas sociales en general adoptadas por la Junta de Andalucía. Sobre estas cuestiones terminológicas, vid. De

De todo lo señalado se desprende que esta nueva renta básica del EAA parece ser una continuación del ya implantado ingreso mínimo de solidaridad desde 1998, eso sí con algunos elementos nuevos que tienden a un reconocimiento más limitado en cuanto se elevan los requisitos como la vecindad administrativa previa o se limita la duración de la prestación económica, elevándose los compromisos y obligaciones para el perceptor. Llama la atención que en lo que no se ha producido ningún cambio es precisamente en la delimitación de su ámbito subjetivo que mantiene la misma opción universalista, reconociendo este derecho a todos los extranjeros empadronados en Andalucía en las mismas condiciones y con los mismos requisitos que a los nacionales. Aunque la esperada Ley aún no ha visto la luz, cabe esperar pocos cambios en lo sustancial respecto al texto del anteproyecto que hemos comentado.

Desde nuestro punto de vista la renta básica tenderá a constituirse en la vía de integración por excelencia para los trabajadores extranjeros en Andalucía y ello no sólo por su carácter integral sino también por su impacto sobre la situación administrativa del extranjero.

Nos referimos al hecho de que la Ley de Extranjería, establece en su artículo 38.3c) la renovación de los permisos de trabajo para los perceptores de prestaciones contributivas por desempleo –en el apartado b)– y para los perceptores de prestaciones económicas asistenciales públicas orientadas a la inserción sociolaboral. Es claro que, aunque dicho precepto no lo mencione expresamente, la renta básica entra dentro de dichas prestaciones orientadas a la inserción y por tanto su reconocimiento es título válido para trabajar, es decir, equivale a autorización administrativa para trabajar. Otra interpretación resultaría absurda, ya que el reconocimiento de la renta básica no tiene un sentido “asistencialista” en el sentido de alimentista sin más, sino que tienen como fin último la inserción social, económica y laboral y difícilmente se conseguiría si el extranjero, aun empadronado, no pudiera aceptar una oferta de empleo –que, por otro lado, es un compromiso que ha de asumir en cuanto perceptor de estas rentas–.

De este modo, insospechadamente el reconocimiento de la renta básica se constituye en una vía de “regularización” que puede ser el comienzo de una vida laboral “normalizada” y rodeada de más garantías, no ya por permitir la renovación de los permisos que expiren –que ya de por sí tiene una gran potencialidad integradora– como porque su reconocimiento equivale a una autoriza-

---

Lucas, J. y Naïr, S.: *Europa: ¿convivir con la diferencia?; racismo, nacionalismo y derechos de minorías*, Barcelona, Tecnos, 1996 y Gardeta Bochaca, J.: *La integración sociocultural de las minorías étnicas (gitanos e inmigrantes)*, Barcelona, Anthropos, 2003, pág. 85 y Pajares, M.: *La integración ciudadana (una perspectiva para la inmigración)*, Barcelona, Icaria, 2005.



ción para trabajar, ya que otra interpretación llevaría al absurdo la previsión de la Ley de Extranjería, ya que una buena parte de los perceptores extranjeros de estas rentas es posible que ni siquiera tuvieran permiso de trabajo y sin embargo la concesión de la renta básica les obliga a la aceptación de una oferta de empleo.

Por tanto, insistimos, la potencialidad integradora de la renta básica es muy amplia y como tal hay que considerarla y es que a veces se “menosprecia” la capacidad de integración que puede llegar a tener una prestación económica asistencial. Máxime cuando, como sucede en el caso de los inmigrantes, las políticas activas de empleo plantean numerosos escollos políticos y jurídicos a la hora de favorecer a este colectivo social y ello pese a que la vigente Ley de Empleo los considera colectivo prioritario en cuanto está afectado por una mayor dificultad de acceso al mercado de trabajo.



# NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INCREMENTOS DE PENSIONES FIJADOS POR LA JUNTA DE ANDALUCÍA

JULIA MUÑOZ MOLINA

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

## EXTRACTO

## Palabras Clave: Pensiones, Asistencia Social

El presente estudio, pretende reflexionar sobre la naturaleza jurídica que debe atribuirse a las ayudas económicas complementarias fijadas por la Junta de Andalucía en favor de los pensionistas de jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas, de la Seguridad Social.

El origen de estas ayudas se encuentra en los Decretos de la Junta de Andalucía de 1998 y 1999, que originaron un fuerte debate, que en gran medida vino zanjado por el Tribunal Constitucional.

En los apartados siguientes nos ocupamos del contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional que abordó la referida cuestión, principalmente de los argumentos que llevan al Tribunal Constitucional a justificar la legitimidad de los Decretos andaluces, si bien la atención se va a centrar en las características o notas que a juicio del Tribunal Constitucional detentan estas ayudas que las configura como auxilios económicos de naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia de asistencia social.

## ABSTRACT

## Key Words: Pensions, Social Assistance

This study intends to reflect upon the legal nature that should be attributed to complementary economic aids set by the Regional Government of Andalusia in favour of retirement and disability pensioners, in non-contributing modalities of Social Security.

The origin of these aids may be found in the Regional Decrees of 1998 and 1999 which gave rise to an intense debate which was settled by the Constitutional Court.

The following sections tackle the content of the Constitutional Court ruling that settled this issue; mainly, the arguments that led the Constitutional Court to justify the legitimacy of the Andalusian Decrees, although the approach focuses on the features or notes of these aids which, according to the Constitutional Court, shapes them as economic aids of a specific and different nature from Social Security technical provisions, in such a way that they are linked to social assistance.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
3. CARACTERÍSTICAS DE LAS AYUDAS OBJETO DE CONTROVERSIAS
4. REACCIONES LEGISLATIVAS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
5. CONCLUSIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN

El origen de la problemática reside en la promulgación por parte de la Junta de Andalucía, de los Decretos 284/1998, de 29 de diciembre y 62/1999, de 9 de marzo<sup>1</sup>, por los que se establecían ayudas complementarias en favor de los beneficiarios de pensiones no contributivas de la Seguridad Social, cuyo contenido dio lugar a la formalización, por parte del Gobierno de la Nación, de los oportunos conflictos positivos de competencias, al entender que las normas autonómicas vulneran las competencias del Estado en materia de Seguridad Social, al tiempo que perturbaban el funcionamiento del sistema de la Seguridad Social y van en contra del principio de igualdad de los españoles.

La Administración autonómica venía entendiendo que los complementos autonómicos se sitúan en el ámbito de la competencia de asistencia social y en la legislación autonómica, que en base al art. 148.1.20 de la CE se ha dictado en la respectiva C.A.<sup>2</sup> y que posibilita el otorgamiento de prestaciones económicas, de carácter periódico y no periódico, en favor de las personas que no puedan atender sus necesidades básicas, debido a la situación socioeconómica en que se encuentren<sup>3</sup>. Para la Comunidad Autónoma, la asistencia social es una técnica apta para complementar y suplementar la acción protectora de la Seguridad Social<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Tras la STC 239/2002, la Junta de Andalucía ha seguido promulgando los correspondientes Decretos mediante los que se complementan las pensiones no contributivas, con una constante elevación de su cuantía: D. 311/2002, de 23 de diciembre; D. 330/2003, de 28 de noviembre; D. 569/2004, de 21 de diciembre; D. 281/2005, de 20 de diciembre; D. 222/2006, de 19 de diciembre; D. 291/2007, de 11 de diciembre; D. 526/2008, de 26 de diciembre.

<sup>2</sup> Art. 13.22 Estatuto de Autonomía de Andalucía 1981 (LO 6/1981, de 30 de diciembre).

<sup>3</sup> Art. 14 Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía.

<sup>4</sup> En este sentido, el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, LO 2/2007, de 19 de marzo, en su art. 61.1, quiere dar cobertura estatutaria a los controvertidos complementos, y señala la competencia exclusiva de la Comunidad en materia de servicios sociales, y hace una referencia expresa a las facultades de regulación, ordenación y gestión de las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de protección pública.

Como apunta ALarcón Caracuel, M.R., "Políticas de Protección Social en el Nuevo Estatuto de Autonomía", en AA.VV. (Coord. Prados de Reyes, F.J.) Políticas Laborales de Protec-

La cuestión litigiosa se circunscribe a determinar si la Junta de Andalucía ha vulnerado las competencias del Estado sobre la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), así como las relativas a la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1 CE). Si bien el problema de fondo reside en determinar el encuadramiento material de estas ayudas complementarias, reabriéndose el debate sobre la relación entre Seguridad Social y asistencia social, teniendo como fondo del problema la tensión entre igualdad y autonomía.

La STC 239/2002, de 11 de diciembre, con un concepto novedoso de protección social, desestima los conflictos positivos indicados, reconociendo que la competencia controvertida reside en la C.A., sin que esa actuación interfiera en las competencias estatales sobre la ordenación del sistema de la Seguridad Social, su legislación básica o en la unidad de su régimen económico y patrimonial, situándose, por el contrario, en el ámbito de la asistencia social.

Debe recordarse que, el TC, respecto del alcance de la asistencia social y su relación con la Seguridad Social, venía entendiendo que existían dos modos de protección social: uno, principal o básico, constituido por el sistema de la Seguridad Social y otro, secundario o complementario, que estaría atendido por la asistencia social, que vendría a cubrir situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social, de modo que la asistencia social comenzaría allí donde la Seguridad Social no puede avanzar más<sup>5</sup>.

Sin embargo, la STC 239/2002 da un giro a la doctrina anterior del mismo Tribunal, viene a reconocer un espacio autonómico nuevo, para admitir la posibilidad de complementar prestaciones del sistema estatal de Seguridad Social. Se habría pasado de la prohibición de la diversidad de políticas territoriales de Seguridad Social<sup>6</sup> a la legitimidad de diversas políticas territoriales de protección social como instrumentos para la configuración de “sistemas autonómicos de bienestar”<sup>7</sup>.

---

ción Social y Marco Competencial en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, CARL, 2008, pp. 43 y 44, sorprende la desaparición de la asistencia social como título competencial propio de la Comunidad Andaluza, y en su lugar aparecen los servicios sociales como competencia exclusiva, cuando éstos no son una materia sino una técnica prestacional utilizable tanto por el Estado como por las CC.AA.

<sup>5</sup> SSTC 76/1986 y 146/1986.

<sup>6</sup> STC 124/1989.

<sup>7</sup> Molina Navarrete, C. “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de “empleo”, “trabajo” y “protección social”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF n.º. 283/2006, p. 60.

Ello supone una expansión de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. A raíz de la STC los nuevos cometidos de la asistencia social pasarían a ser:

\* Concesión de suplementos económicos para mejorar la cuantía de las prestaciones de la Seguridad Social.

\* Concesión de ayudas económicas para situaciones de necesidad no cubiertas por la Seguridad Social.

En los apartados siguientes se pretende efectuar un análisis del contenido de la STC 239/2002, principalmente de los argumentos que llevan al TC a justificar la legitimidad de los Decretos andaluces, si bien, la cuestión de fondo se centrara en los caracteres o notas de las ayudas cuestionadas que, a juicio del TC, las distinguen o diferencian de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Nos vamos a centrar en esta decisión, atendiendo más que a su fallo, ciertamente discutible, a sus razonamientos y a las consecuencias hacia el futuro de los mismos.

## 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El TC para delimitar el encuadramiento competencial de estas ayudas, aborda como cuestión previa el contenido material del art. 41 CE, respondiendo más bien a una interpretación ad hoc para sentar las bases de las argumentaciones posteriores que le llevan a incardinar estas ayudas en el ámbito de la asistencia social, reconduciéndose como título competencial autonómico al art. 148.1.20 CE.

Para el TC, el art. 41 de la CE establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad, y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla, pero no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse entre unos u otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en la Constitución. Consagra un sistema de protección social, encomendado a los poderes públicos, que tiene como eje fundamental, aunque no único, el sistema de la Seguridad Social, el cual coexiste con otros complementarios<sup>8</sup>.

A juicio del TC, el art. 41 de la constitución hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar las situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus

<sup>8</sup> FJ 6º STC 239/2002.

respectivas competencias. Con esa afirmación claramente se quiere encontrar base constitucional para justificar la posibilidad de concurrencia de los distintos poderes públicos para la cobertura de las mismas situaciones de necesidad a que se refiere el art. 41, cuando está claro que el precepto constitucional se está refiriendo en exclusiva a un régimen público de Seguridad Social, y no a otros sistemas públicos de protección<sup>9</sup>. Lo que exige el concurso de todos los poderes públicos es la “protección social”, y coherentemente con ello, los arts. 149.1.17 y 148.20 de la CE atribuyen, respectivamente, competencias al Estado y a las CC.AA., en los dos bloques claves de la protección social: Seguridad Social y asistencia social.

El Tribunal utiliza básicamente tres argumentos para incardinar estas ayudas complementarias en el ámbito de la asistencia social:

1º. Que para el deslinde competencial entre la Seguridad Social y la asistencia social no resulta determinante la inclusión del receptor de las ayudas en el ámbito protector de la Seguridad Social, porque la hasta ahora tendencia hacia la universalización de la Seguridad Social supondría “un correlativo vaciamiento de competencias autonómicas”<sup>10</sup>. Afirmación que no compartimos, ya que siempre habrá espacio para la asistencia social en la medida en que la Seguridad Social nunca podrá atender todas las situaciones de necesidad demandadas por la sociedad.

Para el Tribunal nada impide desde la perspectiva constitucional, que las CC.AA. con competencia en materia de asistencia social puedan otorgar ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encuentren en situación real de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho sistema o de su régimen económico.

El Tribunal, se aparta de su doctrina anterior, resuelve que quienes no tienen cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva de la Seguridad Social no pueden ser excluidos del disfrute de ayudas de naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE.

La argumentación de la sentencia no resulta convincente, el hecho de que los destinatarios de las ayudas sean exclusivamente los beneficiarios de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social resulta significativamente relevante para incardinar estas ayudas en la materia de Seguridad Social, sobre todo, teniendo en cuenta que no responden a situaciones de necesidad nuevas o desconocidas, sino a situaciones que a juicio de la Comunidad Autónoma no

<sup>9</sup> Como afirma el voto particular primero.

<sup>10</sup> FJ 6 y 7.

están correctamente protegidas, lo que supone una interferencia en la acción protectora dispensada en dicho ámbito sujeta a competencia estatal. En todo caso, podría aceptarse que los beneficiarios de la Seguridad Social pudieran acceder a beneficios de asistencia social, siempre que se tratara de distinta situación de necesidad, distinto objetivo jurídico y que el colectivo de destinatarios no esté integrado exclusivamente por beneficiarios de la Seguridad Social<sup>11</sup>. En este sentido, como apunta un sector de la doctrina, la norma autonómica podría haber introducido la ayuda omitiendo toda conexión con el sistema de la Seguridad Social, a través del establecimiento de una ayuda económica para todos aquellos que dispusieran de unos ingresos inferiores, por ejemplo, al salario mínimo interprofesional<sup>12</sup>.

Por otro lado, tampoco nos parece aceptable la proclamación de una franja común para la Seguridad Social y para la asistencia social, pues una misma situación de necesidad ya cubierta por la Seguridad Social no puede ser ocupada de modo simultáneo por la asistencia social.

Finalmente, la sentencia para acotar la actuación por parte de la C.A. en esta zona asistencial exige que la Comunidad aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, que no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico. A nuestro juicio estas exigencias no se cumplen, la C.A. interfiere en el campo reservado a la competencia estatal, pues está claro que las pensiones no contributivas se encuadran dentro del sistema de la Seguridad Social y no tienen cabida en la asistencia social<sup>13</sup>.

Además, la finalidad perseguida por la Constitución al atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sería preservar la existencia de una regulación única, que evite discriminaciones y diferencias territoriales<sup>14</sup>. En efecto, como el TC ha tenido ocasión de declarar, la atribución estatal sobre “legislación básica” obedece al establecimiento de “objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”<sup>15</sup>. Esta igualdad encuentra sus mayores exigencias en

<sup>11</sup> Como sostiene el primer voto particular.

<sup>12</sup> Moreno Rebato, M. Régimen jurídico de la asistencia social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, p. 140.

<sup>13</sup> Como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 26/1990, para evitar dudas.

<sup>14</sup> Como apunta, Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias entre el Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social, a propósito de las pensiones no contributivas”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, n.º. 54, 2004, p. 90.

<sup>15</sup> STC 25/1983.



lo concerniente al régimen económico de la Seguridad Social, la reserva alcanza no sólo a la unidad de su regulación, sino también su propia ejecución, “impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas”<sup>16</sup>.

Por otro lado, resulta discutible que cumpla la exigencia de apreciar una situación real de necesidad. La junta ha presumido esa necesidad, al considerar que si los complementos se otorgan a beneficiarios de pensiones no contributivas de Seguridad Social, ya se ha encargado la propia Seguridad Social de constatar la situación de necesidad<sup>17</sup>.

2º. Para determinar si las ayudas controvertidas provocan una modificación o perturbación del sistema de Seguridad Social o de su régimen económico, el TC realiza un análisis comparativo entre la técnica formal de las ayudas cuestionadas respecto de las prestaciones de Seguridad Social<sup>18</sup>.

Se decanta por considerar que estos auxilios económicos tienen una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestaciones de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia asistencia social, en base a las siguientes características que a juicio del Tribunal detentan estas ayudas: carácter complementario de las pensiones no contributivas del sistema de la Seguridad Social; carácter extraordinario, que limitan en el tiempo el derecho a la percepción; inexistencia de módulos de actualización de las ayudas; y su abono a cargo de los presupuestos de la CA<sup>19</sup>.

A nuestro juicio, lo decisivo es el menoscabo o perturbación de la acción protectora de la Seguridad Social, al margen del tipo de técnica utilizada, siendo irrelevante si ésta coincide o no con las propias del sistema de la Seguridad Social.

3º. Para el TC la aplicación de estos complementos autonómicos no implica alteración del principio de igualdad de los españoles, previsto en el art. 149.1.1 CE, en cuanto que, a su juicio, ese artículo permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico, lo que conlleva que dicho título competencial no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica<sup>20</sup>. Por ello, la inclusión de dicho precepto no impide que las CC.AA., en el ámbito de sus competencias, puedan crear condiciones

<sup>16</sup> STC 124/1989.

<sup>17</sup> Como señala Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias entre el Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social...2, op. cit., p. 109.

<sup>18</sup> FJ 8.

<sup>19</sup> Del análisis de estos caracteres nos ocupamos en el punto siguiente del trabajo.

<sup>20</sup> El Tribunal reproduce un planteamiento manifestado con anterioridad en la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.

diferentes para sus residentes, sin que ello suponga una merma de la eficacia del precepto constitucional.

En efecto, la igualdad que la constitución propugna no es absoluta, se trata de una igualdad de base o común, que admite diferencias territoriales según la materia que se contemple. Sin embargo, en materia de Seguridad Social el margen de actuación de las Comunidades Autónomas es estrecho, admitir sin reparos incrementos de pensiones por las CC.AA. supone automáticamente la quiebra de la igualdad, al menos, en la cuantía de la pensión, y puede producir cierta descomposición del sistema unitario de Seguridad Social<sup>21</sup>. El hecho de que la constitución reserve al Estado competencias en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, tiene como finalidad preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social, y con ello el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario para todos los ciudadanos.

Conviene recordar que el mandato del art. 41 CE se encamina al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad en todo el territorio nacional<sup>22</sup>. Por lo que, la introducción de diferencias por regiones no parece muy acorde con esos principios<sup>23</sup>.

En esta línea, uno de los votos particulares señala que “En una institución estatal que es de solidaridad nacional la concepción unitaria de la misma me parece ineludible, y esa unidad y la solidaridad que la aliente se resienten, si en determinadas partes del territorio nacional los beneficiarios de la institución perciben ante las mismas situaciones de necesidad unas prestaciones mayores que las de otras partes, aunque la diferencia se costee por su Comunidad Autónoma”.

Podría afirmarse que complementar la cuantía de las pensiones no contributivas del sistema supone establecer diferencias, directa o indirectamente, sobre una misma realidad en el ámbito de la Seguridad Social, no permitidas por el modelo constitucional vigente<sup>24</sup>.

No obstante, para un sector de la doctrina nada impide, desde el punto de vista constitucional, que las Administraciones autonómicas puedan establecer

<sup>21</sup> En este sentido, vid., entre otros, García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social y Comunidades Autónomas”, Parlamento y Constitución. Anuario nº. 4, 2000, p. 83; Fernández Orrico, F.J. Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España, CES, Madrid, 2002, pp. 127-128.

<sup>22</sup> Art. 2.1 TRLGSS.

<sup>23</sup> Como apuntan, García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit. P. 83.

<sup>24</sup> En este sentido, López Cumbre, L. “La conformación del sistema mixto y su evolución”, en AA.VV. (Dir-Coord. Tortuero Plaza, J. L.) Cien años de Protección Social en España”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, P. 524.

en concepto de asistencia social ayudas complementarias o suplementarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social<sup>25</sup>. Otros, admiten que esta actuación de las CC.AA. hay que enmarcarla dentro de la Seguridad Social en sentido estricto, como protección no básica del sistema, dentro del respeto a los mínimos fijados uniformemente por el Estado<sup>26</sup>.

Cabe preguntarse si es el título de la asistencia social el que verdaderamente se pone en juego en estos casos, o si es más bien, aunque sea de manera indirecta, el de Seguridad Social, interfiriendo con ello en la competencia estatal. Al respecto, conviene recordar que las CC.AA. en materia de Seguridad Social podrían asumir, además de la ejecución de sus servicios, el desarrollo de la legislación básica aprobada por el Estado<sup>27</sup>, sin embargo, no es fácil precisar los contornos de ese terreno de desarrollo, dado que en materia de Seguridad Social, cualquier norma actúa como condicionante de la forma y de los niveles de protección<sup>28</sup>. En cualquier caso, consideramos que por el propio sentido de

<sup>25</sup> Gonzalo González B. y Suárez Corujo B. "La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad", *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 2004, p. 475; Alarcón Caracuel, M.R., "Políticas de Protección Social en el Nuevo Estatuto...", op. cit., p. 36; "La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de protección social", AA.VV. (Coords. Jesús Cruz y Mercedes Rodríguez-Piñero) *Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía*, CARL, Sevilla 2003, pp. 256 y ss.; Suárez Corujo, B. "STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una novísima asistencia social?", *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 2003, pp. 603 y ss.; Gonzalo González, B. "Reparto de competencias y complementariedad de las prestaciones sociales básicas", *Foro de Seguridad Social*, n.º 1, 2000, pp. 19 y 20; Maldonado Molina, J.A. "La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito del Real Decreto 248/1998, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía", *Actualidad Laboral*, Tomo 2, 1999, pp. 524 y 530; Alonso Seco, J.M. y Gonzalo González, B. La asistencia social y los servicios sociales en España, BOE, p. 127.

<sup>26</sup> Fargas Fernández, J. *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 378; Maldonado Molina, J.A. "La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito...", op. cit., p. 530.

<sup>27</sup> Son pocos los Estatutos de Autonomía que otorgan a la correspondiente Comunidad competencias para el desarrollo legislativo en materia de Seguridad Social. El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía renuncia a la previsión recogida en el Estatuto de 1981, que facultaba a la CC.AA. Andaluza para el desarrollo normativo de la legislación básica del Estado sobre Seguridad Social, y reconduce toda la actuación normativa de la Comunidad en el campo social a las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal (art. 63.3) y al ámbito de los servicios sociales (art. 61.1).

<sup>28</sup> En este sentido, García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. "Pensiones de Seguridad Social...", op. cit. p. 57. En contra, Maldonado Molina, J.A. "La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito...", op. cit. p. 530; Suárez Corujo, B. "La consagración estatutaria de una política social autonómica: ¿una oportunidad perdida?", *Aranzadi Social*, BIB 2006/1362; Alarcón Caracuel, M.R. "La actuación de la Comunidad Autónoma...", op. cit., p. 256, mantienen que puede ser constitucional la intervención de las CC.AA. en materia de Seguridad Social, como "legislación no básica".

la Seguridad Social y por el sentido estructural que en ella tiene la consideración conjunta de las situaciones y contingencias susceptibles de protección, el establecimiento de la cuantía de las prestaciones forma parte de los aspectos sustantivos del sistema, se integra en el ámbito de la legislación básica de la Seguridad Social. Tal vez, por ese motivo, para evitar la inconstitucionalidad de la medida, se ha desviado al título competencial de asistencia social, si bien, a nuestro juicio la asistencia social no se puede introducir en el espacio de la Seguridad Social, suplementando al alza las concretas prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE LAS AYUDAS OBJETO DE CONTROVERSIAS

El TC configura estas ayudas como auxilios económicos de “naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia “asistencia social, en razón de las cuatro características que a juicio del Tribunal detentan estas ayudas:

1. Carácter complementario de las pensiones de jubilación es invalidez del sistema de la Seguridad Social en sus modalidades no contributivas.
2. Carácter extraordinario, en cuanto que no presenten una periodicidad en su devengo.
3. La inexistencia de módulos de actualización de tales ayudas.
4. Que tales complementos se financien con cargo a los presupuestos autonómicos.

A continuación pasamos a analizar las características que a juicio de la STC 239/2002 detentan estas ayudas:

1) Carácter complementario de las pensiones de jubilación es invalidez del sistema de la Seguridad Social en sus modalidades no contributivas.

Aunque formalmente se presenten como ayudas de carácter complementario es evidente que a resultas de esas medidas las pensiones afectadas adquieren una nueva cuantía, distinta de la que se había acotado a través de las normas estatales del sistema. No se trata por tanto de medidas autónomas, externas o distanciadas de la Seguridad Social, sino actos cuyo único objeto es incrementar la cuantía de las pensiones previamente reconocidas por el sistema, rompiendo con ello la unidad de la Seguridad Social, pues ante una misma situación de necesidad se reciben pensiones de diferente cuantía en función del territorio. El complemento se otorga por la condición de pensionista no contributivo de la Seguridad Social.

El hecho de que una ayuda actúe como complemento de otra preexistente no significa, en sí mismo, que pertenezca a la maquinaria asistencial. Al

respecto conviene distinguir entre el papel complementario que, desde una perspectiva general, cumple en la actualidad la asistencia social, y las posibilidades de complemento que permite el sistema de Seguridad Social. Una cosa es que la asistencia social pueda complementar el sistema de Seguridad Social en las áreas no cubiertas por éste, y otra muy distinta que pueda suplementar al alza las pensiones de la Seguridad Social<sup>29</sup>. En este sentido, como señala un sector de la doctrina, el papel de la asistencia social no es el de suplementar las presuntas insuficiencias cuantitativas de las prestaciones de la Seguridad Social sino complementar, la insuficiencia del sistema de Seguridad Social otorgando prestaciones que ésta no cubre<sup>30</sup>. Otros, por el contrario mantienen que los posibles destinatarios de la asistencia social son todos aquellos a los que la Seguridad Social no remedia sus situaciones de necesidad sea porque no les otorga ninguna prestación sea porque las concedidas no resultan suficientes, incluso cuando pertenecen al nivel contributivo del sistema<sup>31</sup>.

En cualquier caso, para que instancias distintas al Estado pudieran desarrollar una estricta labor complementaria respecto de la Seguridad Social sería necesaria una programación previa, plasmada jurídicamente en las correspondientes normas del sistema. Es cierto que el art. 41 CE establece expresamente que “la asistencia y prestaciones complementarias serán libres”, sin embargo, el matiz “serán libres”, parece remitir de manera muy directa al campo de la protección social voluntaria<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> En este sentido, voto particular primero; García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit., pp. 75 y 85. Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social...”, op. cit., p. 112; Las pensiones no contributivas y la asistencia social..., op. cit. p. 82.

<sup>30</sup> Rodríguez- Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías”, Relaciones Laborales, Tomo I, 2003 “118. En la misma línea, Montoya Melgar, A. “Seguridad Social y asistencia social: Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Comentario a la STC 239/2002, de 11 de diciembre”, Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Tomo XX, Thomson-Civitas, Madrid, 2002, pp. 472 y 473, señala que si ya se cubren por la Seguridad Social la jubilación e invalidez no contributivas, resulta evidente que su regulación queda fuera del ámbito de la asistencia social; Alonso Olea, M. “La descentralización de las políticas de la Protección Social en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía”, Foro de Seguridad Social, Revista 8 y 9 de abril 2003, la asistencia social que pueden atender las CC.AA, debe entenderse referida sólo a la cobertura de aquello que la Seguridad Social ha dejado fuera de su ámbito.

<sup>31</sup> Suárez Corujo, B. La protección social en el Estado de las Autonomías, Iustel, Madrid, 2006, pp. 259 y 260, 267 y 268. En la misma línea, Moreno Rebato, M. Régimen jurídico de la asistencia..., op. cit. p. 139; Alarcon Caracuel, M.R. “Políticas de protección social...”, op. cit. p. 36.

<sup>32</sup> En este sentido, Suárez Corujo, B. La protección Social en el Estado de las Autonomías, Iustel, Madrid, 2006, p. 247.

La intervención unilateral de la C.A. se convierte en un mero acto de solapamiento o corrección de otro poder público, con independencia de que reciba el nombre de ayuda complementaria o de que formalmente se quiera adscribir a la asistencia social<sup>33</sup>. La remisión expresa a los titulares de pensiones no contributivas para fijar el destino de esas medidas; así como, que la situación de necesidad atendida por ambas sea la misma, es sumamente ilustrativa. De poco vale decir, que la referencia a quienes ya son pensionistas del sistema de Seguridad Social es tan sólo un método de identificación de posibles necesitados de una ayuda social para ahorrar costes de gestión y menos molestias burocráticas para los solicitantes<sup>34</sup>.

Para el TC la identificación de los destinatarios de estas ayudas con los perceptores de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, no perturba ni altera dicho sistema, pues ello “no implica modificación ni ampliación de la norma a la que se hace remisión, cuyo contenido y ámbito de aplicación permanecen inalterados”<sup>35</sup>. Afirmación que no compartimos, la concepción unitaria del sistema se resiente, si los beneficiarios de la Seguridad Social ante las mismas situaciones de necesidad perciben prestaciones de diferente cuantía en función del territorio.

Es importante destacar que, tal identificación no responde a situaciones de necesidad nuevas o anteriormente desconocidas, sino situaciones que a juicio de la C.A. no están correctamente protegidas. La apelación a la escasa cuantía de las pensiones no contributivas es una argumentación demasiado simplista, por varias razones: porque desde esa misma perspectiva podría decirse que la gran mayoría de las pensiones del sistema, incluidas las contributivas, es insuficiente en su cuantía; y porque, el objetivo de la suficiencia de las prestaciones de la Seguridad Social al que alude el art. 41 CE, no es un objetivo a conseguir desde diferentes títulos competenciales simultáneos, estatal y autonómico, sino que habría de buscarse a través de los mecanismos del propio sistema<sup>36</sup>. En este sentido, se apunta que debe proporcionarla el propio sistema de Seguridad Social a través del mecanismo de la asistencia social interna<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Como señala, García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit., p. 86.

<sup>34</sup> Como apuntan, Alonso Seco, J.M. y Gonzalo González, B. “La asistencia social y los servicios sociales...”, op. cit., p. 126; Gonzalo González B. y Suárez Corujo B. “La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico: notas...”, op. cit., p. 476; Gonzalo González, B. “Reparto de competencias y complementariedad de las prestaciones sociales básicas”, Foro de Seguridad Social, nº. 1, 2000, p. 23.

<sup>35</sup> FJ 8 STC 239/2002.

<sup>36</sup> En este sentido, García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit., p. 89. En contra, Alonso Seco J.M. y Gonzalo González, B., La asistencia social y los servicios..., op. cit., p. 129.

<sup>37</sup> Fernández Orrico, F.J. Las pensiones no contributivas y la asistencia..., op. cit., pp. 82 a 84, 127 y 128.

Por otro lado, las ayudas autonómicas cuestionadas provocan efectos económicos en los beneficiarios de las pensiones no contributivas pues, en el momento al que se refieren los hechos de la sentencia, podían ser descontadas íntegramente de la cuantía de la pensión reconocida por el sistema estatal, otra cosa es que por razones políticas no se hiciera<sup>38</sup>.

2) Carácter extraordinario de las ayudas, en cuanto que no presenten una periodicidad en su devengo.

Para el TC estas ayudas tienen carácter extraordinario, al tratarse del pago de una cantidad a tanto alzado correspondiente a un ejercicio económico concreto, sin generar obligación alguna de prolongación en el tiempo, por quedar limitada su vigencia al ejercicio de 1999.

Que las medidas tengan carácter extraordinario o coyuntural tampoco debería utilizarse como argumento de peso, muchas de las manifestaciones de la acción asistencial de las CC.AA. adolecen de ese rasgo, y también existen complementos extraordinarios en la Seguridad Social, como los complementos a mínimos. Si bien es cierto que es más propio de la asistencia social que de la Seguridad Social actuar de modo coyuntural, ante necesidades urgentes u ocasionales; la coyunturalidad también puede estar presente en las prestaciones de la Seguridad Social. Además, la legitimidad de una actuación autonómica no puede justificarse por su carácter extraordinario o coyuntural al menos cuando no han concurrido circunstancias excepcionales que hubieran podido justificar la adopción de la medida, con ese razonamiento, podría admitirse incursiones en ámbitos competenciales ajenos por el solo hecho de que sea excepcional o extraordinario<sup>39</sup>.

Por otro lado, la sentencia añade que en tanto que las prestaciones de la Seguridad Social presentan una tendencia de unidad y estabilidad en el tiempo y en el conjunto del territorio nacional; por el contrario, las prestaciones que las Comunidades Autónomas puedan otorgar en materia de asistencia social no exigen ser caracterizadas por su integración en un sistema unitario y permanente ni en el tiempo ni en el espacio, pues la exclusividad de esta competencia permite a aquéllas optar por configuraciones diferentes en sus territorios respectivos. Dejando a un lado la obviedad de que las prestaciones de la Seguridad Social afectan al conjunto del territorio nacional mientras que las prestaciones asistenciales que apruebe una C.A. afectan al ámbito territorial respec-

<sup>38</sup> Como apunta Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias...”, op. cit., p. 117.

<sup>39</sup> En este sentido, Rodríguez- Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia social...”, op. cit. p. 116; Montoya Melgar, A. “Seguridad Social y asistencia social: Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Comentario...”, op. cit. p.475 y 476; García Murcia, J. y Castro Argüelles, A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit., p 91.

tivo, tampoco se corresponde con la realidad que el carácter permanente en el tiempo sea un modo específico de la Seguridad Social, tal argumentación olvida que el sistema de Seguridad Social contempla tanto prestaciones vitalicias o indeterminadas en el tiempo, como prestaciones temporales; y tanto prestaciones de pago periódico, como prestaciones de pago único, por lo que en absoluto resulta convincente<sup>40</sup>.

En cualquier caso, el carácter inestable de estas ayudas como elemento distintivo es poco acorde con la realidad, pues estas ayudas se han venido manteniendo ininterrumpidamente desde entonces, a través de sendos Decretos anuales de la Junta de Andalucía, con idéntica caracterización y con una constante elevación de la cuantía anual, lo que las dota de cierta estabilidad.

### 3) La inexistencia de módulos de actualización de las ayudas.

Como tercera nota distintiva, la STC señala que las pensiones no contributivas han de ser objeto de actualización anual, teniendo dicha actualización carácter acumulativo; mientras que las ayudas enjuiciadas no, como consecuencia de su carácter extraordinario y exclusivamente puntual y esporádico, de modo que la nota de permanencia de la protección propia de la Seguridad Social es ajena a estas ayudas, como se infiere además de que el Decreto de creación “no revista el carácter de una verdadera norma y se configure como un mero acto administrativo de ejecución”.

En realidad no se trata de un razonamiento añadido sino de una mera reiteración del anterior, que podría ser aceptable si la medida hubiera sido más selectiva, introduciendo elementos adicionales relativos a las situaciones personales de necesidad que hubieran dado derecho a la ayuda, pero no ha sido así<sup>41</sup>. Las ayudas se otorgan, indiscriminadamente, y mediante una cantidad idéntica en todos los casos, a todos los perceptores de pensiones no contributivas residentes habitualmente en Andalucía, lo que difícilmente parece compatible con el concepto de asistencia social, ya que no se prueba la situación real de necesidad<sup>42</sup>. Lo que se pretende, en realidad, es un incremento lineal de las pensiones no contributivas durante un ejercicio económico determinado, como se reconoce en el preámbulo del Decreto 284/1988, en un porcentaje del doble del señalado para su revalorización por la Seguridad Social, porque considera

<sup>40</sup> Como señala el voto particular segundo.

<sup>41</sup> En este sentido, Rodríguez- Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia social...”, op. cit. p. 116.

<sup>42</sup> Como señala el voto particular formulado por el Magistrado García-Calvo y Montiel. En contra Suárez Corujo, B. La protección Social en el Estado..., op. cit., pp. 267 y 268, mantiene que la asistencia social es, dar cobertura a aquellas situaciones de necesidad que el sistema de Seguridad Social no protege en absoluto o que sólo ampara de forma insuficiente. Insuficiencia que justifica la intervención asistencial en el ámbito no contributivo y contributivo.



que el porcentaje de revalorización acordado por el Gobierno es insuficiente<sup>43</sup>, lo que supone una innegable interferencia en el ámbito protector del sistema de la Seguridad Social, que no se elimina por el hecho de que las ayudas en cuestión se califiquen de extraordinarias, en un intento de minimizar el alcance de las mismas.

Sin embargo, sorprende la negación del “carácter de verdadera norma” a los Decretos cuestionados. Esta afirmación, parece confundir dos planos o momentos diferentes: el normativo o de aprobación de las ayudas y el posterior de pago de las ayudas a los beneficiarios concretos<sup>44</sup>; o, puede ser un intento forzado de eludir la traba que, para dictarlos, supone la reserva al Estado de la legislación básica de la Seguridad Social<sup>45</sup>.

4) Que tales complementos se financien con cargo a los presupuestos autonómicos.

La STC 239/2002 afirma que las ayudas instrumentadas por la Junta de Andalucía se financian con sus propios recursos, por lo que no interfieren ni quebrantan el régimen económico unitario de la Seguridad Social, ya que no generan obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado.

Que los complementos autonómicos se financien con cargo a los recursos propios de la C.A. no puede servir de base para justificar una competencia autonómica, sino que resulta imprescindible tener atribuida competencia para conceder tales prestaciones<sup>46</sup>. Ese argumento presupone una simplificación excesiva, el hecho de que las CC.AA. tengan autonomía financiera no puede significar que su actuación pueda afectar a instituciones o sistemas de naturaleza estatal, o que tales instancias puedan invadir ámbitos competenciales ajenos<sup>47</sup>. Por lo que es irrelevante que las CC.AA. hayan financiado los complementos autonómicos, pues la financiación de los mismos no les atribuiría una competencia de la que careciesen.

A nuestro juicio, el TC realiza una diferenciación artificiosa entre las ayudas cuestionadas y las prestaciones de Seguridad Social, prescindiendo de los rasgos más significativos de la Seguridad Social, con el único propósito de justificar la integración de las medidas en el ámbito material de la asistencia social. Los razonamientos de la sentencia vienen forzados por el análisis de una concreta medida autonómica que ha tratado de superar hábilmente el riesgo de

<sup>43</sup> Que se extrae del preámbulo del Decreto 284/1998 cuestionado.

<sup>44</sup> Como señala el segundo voto particular.

<sup>45</sup> Como apunta el voto particular primero.

<sup>46</sup> En este sentido, Rodríguez- Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia social...”, op. cit. p. 115.

<sup>47</sup> Como señala doctrina reiterada del propio TC, entre otras, SS 13/1992, de 6 de febrero; 127/1999, de 1 de julio.

una declaración de inconstitucionalidad por invasión de la materia de Seguridad Social de competencia estatal<sup>48</sup>.

Aunque buena parte de las argumentaciones utilizadas para fundar la legitimidad de estas prestaciones tratan de resaltar su carácter extraordinario y temporal, no parece que tales notas puedan ni deban ser determinantes; se trata se datos secundarios o colaterales, que no entroncan exactamente con la naturaleza de las medidas y que remiten a la presentación formal de las mismas más que a la sustancia del asunto. Esa caracterización a lo más que alcanza, es a minimizar la intensidad de la interferencia; pero no a negarla, y es precisamente la existencia o no de la interferencia la cuestión a resolver<sup>49</sup>.

De todo lo expuesto podemos concluir que la doctrina emanada de la STC 239/2002, no sirve para dar solución definitiva al conflicto planteado, los criterios no son suficientemente claros como para resolver conflictos futuros generados por la aprobación de otras medidas de protección social autonómicas de características distintas o similares a las ayudas concedidas por la Junta de Andalucía<sup>50</sup>. Se ha tratado de un caso límite que sienta un precedente no generalizable<sup>51</sup>.

La escasa seguridad de los criterios empleados la advierte el propio TC, al señalar que el análisis realizado se ha enderezado, exclusivamente a apreciar que los auxilios andaluces controvertidos por sus características técnicas se incardinan en la materia de asistencia social, sin resolver la naturaleza de posibles complementos autonómicos a prestaciones no contributivas con carácter permanente en el tiempo<sup>52</sup>.

Con estas afirmaciones el Tribunal termina reconociendo, como apuntamos anteriormente, que no ha entrado a analizar el fondo del asunto, es más advierte que corresponde a las CC.AA. competentes en materia de “asistencia social” la determinación de sus técnicas asistenciales y a este Tribunal apreciar si las mismas se acomodan a la Constitución<sup>53</sup>.

La debilidad argumental e incluso los errores presentes en el razonamiento de la sentencia<sup>54</sup>, pueden contribuir, en vez de aclarar, a hacer aún menos legi-

<sup>48</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Seguridad Social y asistencia social...”, op. cit., p. 108.

<sup>49</sup> Como apunta el primer voto particular.

<sup>50</sup> Gonzalo González, B y Suárez Corujo B. “La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado autonómico...”, op. cit. p. 480; Suárez Corujo B. “STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a...”, op. cit., p.611.

<sup>51</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Seguridad Social y asistencia...”, op. cit., p. 108.

<sup>52</sup> FJ 9º STC 239/2002.

<sup>53</sup> FJ 8º STC 239/2002.

<sup>54</sup> Molina Navarrete, C. “Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS), Relaciones Laborales, Tomo II, 2004, p. 440.

bles los límites constitucionales entre la materia Seguridad Social y la materia asistencia social<sup>55</sup>. Las cuatro notas que menciona el Tribunal no parece que puedan integrar un concepto de asistencia social con vocación universal<sup>56</sup>. De ahí que se demande la necesidad de una coordinación entre las diferentes Administraciones Públicas, para delimitar claramente la actuación de unas y otras, con un reparto claro y seguro de tareas entre la Seguridad Social y la asistencia social, evitando solapamientos en las prestaciones sociales junto a graves situaciones de necesidad no atendidas por nadie<sup>57</sup>.

#### 4. REACCIONES LEGISLATIVAS TRAS EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como vaticinaba uno de los votos particulares, donde expresaba su preocupación por las implicaciones que la decisión de la sentencia 239/2002 pudiera tener en el futuro “si, como seguramente ocurrirá, ésta se reproduce normativamente”, así ha ocurrido, y el actual párrafo 4º del art. 38 del TRLGSS posibilita que se puedan complementar las pensiones no contributivas.

Tras la publicación de la STC 239/2002, la reacción del Gobierno se plasmó en la modificación de los arts. 2 y 38 del TRLGSS, por la Ley 52/2003, de Medidas en materia de Seguridad Social, mediante la que se pretende salir al paso de las consecuencias del pronunciamiento del TC.

Respecto al art. 2, incorpora un nuevo apartado, el nº. 1, en el que quedan plasmados, de forma expresa, los principios básicos en los que se asienta la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva: unidad, universalidad, solidaridad e igualdad.

A su vez, incorpora un nuevo apartado, el nº 4, al art. 38 mediante el cual se precisa que “cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributivas como no contributivas, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el art. 2 de esta Ley”.

Es evidente, que esta modificación normativa, que incluso ha sido tachada de inconstitucional<sup>58</sup>, responde al interés del Gobierno por atajar las conse-

<sup>55</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Seguridad Social y asistencia...”, op.cit., p. 108.

<sup>56</sup> Martínez-Gijón Machuca, M.A. Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social, CES, Madrid, 2005, p. 101.

<sup>57</sup> Rodríguez-Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia social...”, op. cit. pp. 117 y 118; Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto...”, op. cit., pp. 119 y 120.

<sup>58</sup> Gonzalo González B. y Suárez Corujo B. “La Seguridad Social y su ajuste al marco de...”, op. cit., p. 481.

cuencias negativas de la STC 239/2002, que tiene, a nuestro juicio, un indudable efecto perturbador sobre el sistema de la Seguridad Social y sobre los principios que lo informan. Tanto la mencionada sentencia como el citado precepto, mantienen posturas enfrentadas, el nuevo párrafo 4º del art. 38 se desvía de la doctrina fijada por la STC, ya que veda cualquier intento de complementar las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Se podría pensar que, la modificación no solucionó el problema de fondo, de nuevo surgirían los dos títulos competenciales: de una parte, la competencia estatal sobre la legislación básica de la Seguridad Social, en cuyo marco se encontraría la prohibición de complementar, al margen de la Seguridad Social, cualquier prestación económica del sistema; de otra, la competencia en el ámbito de la asistencia social de la C.A., en cuyo marco el TC avalaba la posibilidad de establecer ayudas complementarias.

Sin embargo, si analizamos detenidamente el contenido del art. 38.4, desde su entrada en vigor, las ayudas complementarias serían ilegales, por lo que la iniciativa de las CC.AA. en materia de asistencia social sería residual frente a la Seguridad Social.

Además, en el momento al que se refieren los hechos de la sentencia, las controvertidas ayudas autonómicas no se podrían adicionar a la cuantía de las pensiones no contributivas sin que, automáticamente, se redujera la pensión en la misma cuantía que se adiciona<sup>59</sup>, ya que las ayudas de asistencia social merecen la consideración de rentas computables a efectos de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social<sup>60</sup>. Por lo que, sería indiferente percibir o no la ayuda, al final el pensionista percibiría la misma cuantía económica, financiada parte por el Estado y parte con los presupuestos de la propia CC.AA. Pero eso no sería lo peor, pues si esa ayuda, unida a los demás ingresos que eventualmente percibiera el beneficiario, superase el límite de acumulación de recursos, se le extinguiría la pensión<sup>61</sup>. El Estado tendría en su mano la posibilidad de neutralizar la medida, otra cosa es que por razones políticas no lo hiciera<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Art. 145.2 del TRLGSS “Las cuantías resultantes... , calculadas en cómputo anual, se reducirán en un importe igual al de las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario”.

<sup>60</sup> El art. 144.5, párrafo 1º del TRLGSS señala que son ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional.

<sup>61</sup> Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social...”, op. cit. p. 117; Las pensiones no contributivas y la asistencia social..., op. cit., p. 128.

<sup>62</sup> Las ayudas autonómicas cuestionadas, como acabamos de comprobar podían ser descontadas de la pensión estatal e incluso podrían originar la pérdida de la misma, por lo que no es cierta la afirmación realizada por el TC, en el sentido de que la identificación de los destinatarios de estas ayudas con los perceptores de pensiones no contributivas de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social, “no implica modificación ni ampliación de la norma a la que se hace remisión, cuyo contenido y ámbito de aplicación permanecen inalterados” (FJ 8).

<sup>63</sup> Gonzalo González B. y Suárez Corujo B. “La Seguridad Social y su ajuste al marco de...”, op. cit., p. 478; Alonso Seco J.M. y Gonzalo González, B., La asistencia social y los servi-

Ello explica que la Ley 40/2005, de 22 de abril, sobre los efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las CC.AA., modificara el art. 145.2 del TRLGSS e introdujera la previsión de que las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, dispusiera cada beneficiario resultaran compatibles con la pensión no contributiva de la Seguridad Social mientras no excedieran del 25% de su importe, en cómputo anual. Por encima de ese límite se habría de deducir del importe de la pensión no contributiva tal exceso, lo que permitiría concluir que el complemento autonómico se encontraba sujeto a un tope legal<sup>64</sup>.

La Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado, elimina tal previsión. Sin embargo, fue restablecida de nuevo por la disposición adicional 16ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, por lo que actualmente las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario resultan compatibles con la pensión no contributiva de la Seguridad Social mientras no excedan del 25% de su importe, en cómputo anual, en caso contrario, se deducirá del importe de la pensión el exceso de dicho porcentaje<sup>65</sup>.

Por otro lado, la Ley 40/2005, modifico el párrafo 4º del art. 38, dándole la siguiente redacción: “Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el art. 2 de esta Ley”. Además, se añade un nuevo párrafo al artículo anterior, que indica que lo dicho anteriormente “se entenderá sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”.

El nuevo párrafo 4º del art. 38 parece allanar el camino de futuras decisiones de las CC.AA., si bien la redacción no es muy afortunada, viene a afirmar que las CC.AA. tienen competencia complementaria respecto de las pensiones no contributivas, pero sin que pueda hacerse lo propio en el caso de las pensiones contributivas, lo cual no tiene ningún sentido, pues tanto las contributivas como las no contributivas forman parte del sistema de la Seguridad Social, y están sujetas a los principios de unidad, igualdad y solidaridad. Además, si la razón de ser del complemento es la insuficiencia de la cuantía de las pensiones, nos podemos

---

cios..., op. cit., p. 127; Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas...”, op. cit., pp. 117 y 118.

<sup>64</sup> Suárez Corujo, B. La protección social en el Estado..., op. cit., p. 263.

<sup>65</sup> Salvo lo dispuesto en el art. 147 del TRLGSS, referido a la compatibilidad de la pensión de invalidez no contributiva con el trabajo.

encontrar con pensiones contributivas cuya cuantía es manifiestamente insuficiente y constituyen la única fuente de ingresos del pensionista.

A la vista de toda esta polémica, da la sensación de que tanto las ayudas dirigidas a los pensionistas como las sucesivas modificaciones normativas, esconden intereses políticos, cuando, ante todo, debería primar la consecución de la protección más eficaz de las personas que se encuentran en situación de necesidad, dejando de lado posiciones políticas de uno u otro signo<sup>66</sup>.

## 5. CONCLUSIÓN

Es preciso resaltar que pese a la tendencia de la Seguridad Social a ser “universal”, a extender su protección a toda la población residente, tanto activa como no activa, hoy por hoy, todavía no lo es. Hay situaciones protegibles que no están cubiertas por la Seguridad Social, y un contingente numeroso de necesitados sociales sin protección. Las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias en materia de asistencia social, por una parte, están cubriendo las zonas de desprotección de la Seguridad Social, en un intento de ampliar la protección social y, por otra, están complementando las propias prestaciones de la Seguridad Social, a través de las controvertidas ayudas a los perceptores de pensiones no contributivas, objeto de este trabajo.

Como es sabido, las pensiones no contributivas se caracterizan por su limitado ámbito objetivo y subjetivo. Para ser beneficiario de una pensión no contributiva de jubilación de la Seguridad Social hace falta tener 65 o más años y carecer de rentas; para ser beneficiario de una pensión no contributiva de incapacidad permanente, hace falta ser mayor de 18 años y menor de 65 años, estar afectado por una discapacidad igual o superior al 65% y carecer de rentas. Por tanto, hay que preguntarse ¿qué protección social tienen los menores de 65 años, o los que no son discapacitados, o, sencillamente, se encuentran parados? Es ahí donde deberían entrar en juego las prestaciones asistenciales de las Comunidades Autónomas, para hacer frente a estados de indigencia económica indeterminada, esto es, producidos por la carencia de ingresos al margen de cuál pueda ser la contingencia que los origina<sup>67</sup>.

La STC 239/2002, supone una expansión de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, que va en perjuicio

<sup>66</sup> Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social...”, op. cit., pp. 105 y 119.

<sup>67</sup> Alarcón Caracuel M.R. “Hacia el derecho a la protección social”, en AA.VV. (Coord. López López J), Seguridad Social y protección social: temas de actualidad, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 29.

de la armonía que debe existir entre Seguridad Social y asistencia social, y ha provocado que la delimitación de fronteras una y otra se haya difuminado. Si la CE distingue entre Seguridad Social y asistencia social y en cada caso fija competencias distintas es porque, en principio, cada una de ellas responde a objetivos diferentes.

Estimamos que las ayudas cuestionadas producen una interferencia en el ámbito de la Seguridad Social, que no se elimina por el hecho de que las ayudas se califiquen de extraordinarias y se financien por la propia C.A., conculcando simultáneamente los principios de unidad, igualdad y solidaridad, al producirse una discriminación por razón de residencia con respecto a los demás beneficiarios de pensiones no contributivas que no reciben el complemento. Provocan distorsiones y desigualdades territoriales, que en algunos casos pueden rayar en muestras de insolidaridad colectiva respecto de las CC.AA. que carezcan de presupuestos que posibiliten generosos avances sobre los mínimos estatales<sup>68</sup>. Incluso, podrían plantear discriminación para los residentes de la propia Comunidad Andaluza que por no tener la condición de pensionistas no contributivos de Seguridad Social, se ven privados del acceso a estas ayudas, en muchas ocasiones, más necesarias para ellos que para los propios beneficiarios de la Seguridad Social<sup>69</sup>.

Comparto los argumentos de los votos particulares, particularmente que el título competencial de la asistencia social no puede permitir una suplementación al alza de las prestaciones de la Seguridad Social de modo que “en vez de una Seguridad Social única, visible como tal por sus beneficiarios, en la unidad de sus prestaciones en toda España, y concebida desde su nacimiento como un instrumento de solidaridad nacional, pueda ser vista por aquéllos como más o menos generosa en las distintas Comunidades Autónomas”<sup>70</sup>. Todo ello no constituye más que un incremento lineal de las pensiones no contributivas, difícilmente compatible con el concepto de asistencia social<sup>71</sup>.

La doctrina recogida en la sentencia abre un preocupante espacio para la ruptura de la unidad de la Seguridad Social, al menos desde la visión de sus destinatarios, unidad que no puede sacrificarse a las particulares visiones de cada C.A., aunque costeen por sí mismas las diferencias. El sistema debe quedar sujeto a unas mismas reglas, tanto en su financiación como en su acción protectora, y en general, en todos los aspectos que puedan repercutir en el nivel de sus prestaciones<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Maldonado Molina, J.A. “La descentralización territorial y las pensiones no contributivas. A propósito...”, op. cit. p. 530.

<sup>69</sup> Como apunta, Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto de competencias Estado-Comunidades Autónomas...”, op. cit., p. 107.

<sup>70</sup> Voto particular primero.

<sup>71</sup> Como señala el segundo voto particular.

<sup>72</sup> García Murcia, J. y Castro Argüelles, M<sup>a</sup>.A. “Pensiones de Seguridad Social...”, op. cit., p. 79 y ss.

Cabría cuestionarse cuál es la razón o el interés del Gobierno autonómico para complementar las pensiones no contributivas, sobre todo porque la ayuda es casi simbólica, su escasa cuantía no ayuda a resolver los problemas de los mayores y discapacitados<sup>73</sup>. La exposición de motivos de los Decretos cuestionados hace referencia a la insuficiente cuantía de las pensiones no contributivas, pero dentro de la protección contributiva nos encontramos con numerosos colectivos de asegurados intermitentes y de asegurados parciales por razón de la fragilidad de sus empleos que están “infraasegurados”. Por lo que no acabamos de entender la razón de que se superpongan ambos mecanismos de protección, pues más necesitado estará el que ni siquiera sea pensionista si carece de otros ingresos.

Para concluir, consideramos que habría que distribuir mejor la partida presupuestaria destinada a la protección social, la racionalidad impone evitar solapamientos y duplicidades de protección entre ambas instituciones. Como apunta un sector de la doctrina la protección social es cosa de todos (Estado y CCAA) pero no todos tienen que hacer lo mismo sino que debe hacerse una distribución racional del esfuerzo protector, en aras a su mayor eficacia<sup>74</sup>.

Hay un alto porcentaje de marginados e indigentes que viven fuera de la protección social no contributiva y de la asistencia social, lo que obliga a exigir un mayor reparto de los ámbitos de protección con el objeto de alcanzar a un contingente numeroso de necesitados sociales, garantizando la protección a situaciones de necesidad hasta ahora desatendidas. La asistencia social siempre tendrá un campo de actuación por la sencilla razón de que siempre aparecerán nuevos colectivos de personas desprotegidas o nuevas necesidades dignas de protección.

En cualquier caso, comparto la opinión de un sector doctrinal en el sentido de que estas situaciones de tensión entre los diversos poderes públicos, deberían solucionarse en el marco de acuerdos conjuntos entre Estado y CC.AA., en virtud del principio de cooperación para “el diseño legal de un sistema viable, equilibrado y global de cobertura de necesidades sociales y para un reparto adecuado de tareas entre la Seguridad Social y la asistencia social al servicio de los ciudadanos, labor que no puede suplir la jurisprudencia constitucional”<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> Art. 3 Decreto 284/1998: 9.395 pesetas anuales.

<sup>74</sup> Alarcón Caracuel, M.R. “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto...”, op. cit., p.28.

<sup>75</sup> Rodríguez-Piñero, M. “Seguridad Social y asistencia...”, op. cit., p. 118. En la misma línea, Fernández Orrico, F.J. “El complejo reparto constitucional de competencias...”, op. cit., pp. 119 y ss; Las pensiones no contributivas..., op. cit., p. 128.



# EL PROGRAMA DE SOLIDARIDAD DE LOS ANDALUCES. EL INGRESO MÍNIMO DE SOLIDARIDAD\*

MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Asistencia Social, salario de integración

En las últimas décadas el crecimiento económico ha generado más riqueza pero paralelamente persisten o incluso se acentúan las situaciones de exclusión social, lo que ha motivado que los sistemas de Protección Social busquen instrumentos de corrección de las desigualdades sociales. Entre los dispositivos de lucha contra la exclusión destacan las rentas mínimas, que se han consolidado como uno de los principales instrumentos de lucha contra la pobreza. Se trata de prestaciones asistenciales cuyo objetivo consiste en cubrir verdaderas situaciones de necesidad, pero cuya filosofía se sustenta en la promoción e inserción de los destinatarios como medio de lograr la plena ciudadanía. En España, del mismo modo que otros países europeos, se ha ido implantado la garantía de ingresos mínimos, aunque a través de las Comunidades Autónomas, verdaderas encargadas de desarrollar los programas. En el ámbito andaluz, y hasta que no se apruebe la futura Ley de Inclusión en Andalucía, hay que hacer notar que tanto el objetivo de la suficiencia de la prestación como las políticas de promoción de los destinatarios están lejos de ser alcanzadas. Ni siquiera el acceso al ingreso mínimo de solidaridad se configura en el momento presente como un derecho subjetivo perfecto.

## ABSTRACT

**Key Words:** Social Assistance, integration wage

Economic growth in the past decades has generated more wealth. However, the situations of social exclusion persist or have even worsened, motivating the search of instruments to correct social inequalities by the European Social Protection systems. Amongst the devices to fight exclusion are minimum wages which have become consolidated as one of the main instruments to fight poverty. These are assistance benefits, the object of which is to cover situations of real need. The philosophy behind them is the promotion and integration of addressees as a way to achieve full citizenship. In Spain, as in other European countries, the minimum income guarantee is implemented as a mechanism responding to the fundamental right of having minimum resources and benefits to live according to human dignity. The social integration policy has been implemented by Autonomous communities which in our country are in charge of developing programmes to fight social exclusion. In Andalusia, until the future Law on Inclusion in Andalusia is passed, both the objective of benefit sufficiency and the policies for promotion of addressees are far from being achieved. Access to a minimum solidarity income isn't currently configured as a subjective right, but is conditioned to the existence of budget provisions.

\* 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. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL
2. EL CARÁCTER FAMILIAR DEL INGRESO MÍNIMO DE SOLIDARIDAD
3. REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES
  - 3.1. Residencia
  - 3.2. Edad
  - 3.3. Carencia de recursos económicos
4. EL COMPROMISO DE INSERCIÓN
5. MEDIDAS PREVISTAS EN EL PROGRAMA DE SOLIDARIDAD
  - 5.1. El Ingreso Mínimo de Solidaridad
  - 5.2. El Itinerario Profesional
  - 5.3. Otras medidas de inserción social
6. OBLIGACIONES DE LOS DESTINATARIOS
7. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN
  - 7.1. Nacimiento
  - 7.2. Suspensión
  - 7.3. Extinción

## 1. LA LUCHA CONTRA LA EXCLUSIÓN SOCIAL

Uno de los problemas más acuciantes del Estado Social es la lucha contra la pobreza y exclusión social, sobre todo en momentos como los actuales de fuerte crisis económica y financiera. Fue a partir de la década de los noventa cuando comienza a hablar de exclusión social como un fenómeno más complejo que va más allá de la sola carencia de recursos económicos. No hace falta abundar, dada los numerosos estudios, que ponen de relieve la caracterización de la exclusión social como fenómeno multidimensional que exige una estrategia coordinada de diversas instituciones, dado que implica “desigualdad en varias facetas de la vida como son: el acceso al trabajo, la educación, la salud, la justicia y en los restantes derecho fundamentales” (Comisión 2000) y por ello exige políticas en cada una de las citadas áreas.

Reflexionar sobre los instrumentos de lucha contra la exclusión implica adentrarse en el debate sobre las funciones de un Estado Social o Estado del Bienestar y el modo en que los distintos sistemas de Protección Social buscan fórmulas que mejoren la cobertura de protección de los colectivos más desfavorecidos cuyas necesidades se incrementan con el aumento del desempleo, consecuencia de una situación de cambio económico con una importante disminución del crecimiento económico, escenario en el que el pleno empleo no deja de aparecer como una meta quimérica. No son nuevos los modelos teóricos en los que desde los sistemas de Protección Social se abordan la inclusión de un derecho de todo ciudadano o residente a “una renta mínima que le permita una

existencia humana y digna”<sup>1</sup>, como expresión de la solidaridad de los miembros que integran una comunidad<sup>2</sup>.

Antes de centrar el estudio en la renta mínima de inserción conviene distinguirla de las denominadas rentas básicas pues, aunque ambas figuras consisten en una prestación o ingreso que trata de subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos, responden a filosofías muy dispares.

Las rentas mínimas de inserción o garantía de ingresos y su “alma gemela”<sup>3</sup>, las rentas activas de carácter estatal, son técnicas de protección con un enfoque proactivo del mercado de trabajo, esto es, se produce desde los sistemas de Protección un deslizamiento de las políticas pasivas de protección a favor de las políticas activas de empleo. Las medidas del Estado de Bienestar pretenden situar a más sujetos en el ámbito laboral reduciendo paralelamente el número de sujetos dependientes<sup>4</sup>.

Por su parte las rentas básicas se presentan como técnica alternativa de lucha contra la exclusión social cuyo punto de partida viene constituido por el abandono de las tesis fundadas en el mercadote trabajo<sup>5</sup>. En este sentido, se considera que los sistemas de Protección Social deben renovarse si quieren seguir aspirando al objetivo sobre el que se asienta su propia existencia, esto es, prevenir las situaciones de exclusión y servir de verdaderos mecanismo de redistribución de las rentas. Las rentas básicas o salarios universales se define como “un ingreso modesto pero suficiente para cubrir las necesidades básicas de la vida, a pagar a cada miembro de la sociedad como un derecho, financiado

<sup>1</sup> VVAA: *Un nuevo modelo europeo de Seguridad Social. El Proyecto de Código de Lovaina* Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad social, Madrid 1978. artículo 4 y 139 y ss.

<sup>2</sup> Alonso Olea, M., “Presentación y análisis general del Código de Seguridad Social” en VVAA: *Un nuevo modelo europeo de Seguridad Social*, op. cit. pp.14 y 15.

<sup>3</sup> Esteban Legarreta, R., *La Renta Activa de Inserción* Tirant lo blanch Valencia 2006 p. 17

<sup>4</sup> Denominada Tercera Vía o Workfare state p. 39, Vleminky, K. y Berghman, J., “Liberalización del mercado laboral, empleo atípico y reforma de la Seguridad Social” en VVAA: *La Seguridad Social y las nuevas formas de organización del trabajo. Las carreras de seguro atípicas* MTAS, Madrid, 2003 p 39

<sup>5</sup> Sobre las Rentas Básicas vid. Pérez Rey J.L. *El Derecho al Trabajo y el Ingreso Básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Dykinson, Madrid, 2007; Pérez Muñoz, C., y Pérez Rey, J.L. “¿Garantías del ingreso para garantizar el trabajo?” *Revista de Ciencia Política*, 2007 nº 1 vol. 27; Antón, A., “Renta Básica y Protección Social” *Cuadernos de Relaciones Laborales* vo. 23, nº 2 2005; Sanzo González, “La introducción de la renta básica en España” *Cuadernos de Relaciones Laborales* vo. 23, nº 2 2005 pp. 123-149; Noguera, J.A., “¿Renta Básica o Trabajo básico? Algunos argumentos desde la Teoría Social” *Revista de Ciencias Sociales*, nº 166, 2002, pp. 61 a 68; Noguera, J.A. y Raventós, D., “La renta básica de ciudadanía: acerca de la justicia, la polarización social y el derecho al trabajo” *claves de Razón Práctica*, 2002, nº 120; Ferná Martínez de Bringas, A., “Fundamentos para una nueva ciudadanía: el derecho a la renta básica” [www.descweb.org/files/cap9.pdf](http://www.descweb.org/files/cap9.pdf)

por impuesto o por otros medios y no sujeto a otra condición que la ciudadanía o residencia”<sup>6</sup>. Avanza esta técnica de protección desde el valor que se otorga al trabajo productivo al concepto de ciudadanía, elemento que la distingue de otras prestaciones económicas y singularmente de la renta mínima y de la renta activa de inserción basadas en el empleo. Se presenta, pues, como un mecanismo de redistribución de la renta, que sobre la base de la ciudadanía contribuirá a mejorar la situación de los estratos más débiles de la población, siendo las notas que caracterizan su estructura: la individualidad, universalidad e incondicionalidad.

No parece que estas nuevas tesis hayan encontrado acomodo, en todo caso hasta el momento presente se mueve en el plano de las ideas<sup>7</sup> quizás porque su viabilidad económica pueda encontrar serias dificultades en un mundo globalizado. De ahí, que en la actualidad puede afirmarse que la lucha contra la exclusión pasa por políticas que tratan de buscar soluciones que ponen el acento en la inserción, y se dirigen a reforzar la primacía del empleo<sup>8</sup>. En efecto, existe un amplio consenso en considerar que el empleo constituye el “factor clave”<sup>9</sup> de la integración social, estando estrechamente relacionadas las situaciones de desempleo, sobre todo el de larga duración<sup>10</sup>, con las de exclusión social<sup>11</sup>. Así, se considera que el trabajo asalariado es uno de los instrumentos esenciales para lograr la inserción y el restablecimiento de los vínculos sociales. Con esta

<sup>6</sup> Consultar [www.redrentabasica.org](http://www.redrentabasica.org)

<sup>7</sup> Aunque también se ha colado en la escena legal en España, si bien sin éxito al proponerse las iniciativas legislativas presentadas por los grupos parlamentarios IU y ERC vid HIDALGO LAVIÉ, A. “La renta básica universal como herramienta para combatir la exclusión social. Una aproximación analítica” en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales n° 75 2008

<sup>8</sup> Cuyo paradigma podemos encontrarlo en la regulación de las Rentas Mínimas en Francia, norma que además ha sido seguida por la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Un estudio sobre la renta de inserción en Francia en. Rojo Torrecilla, E. “Protección Social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al derecho de ciudadanía)” en AVV. *Seguridad Social y Protección social: Temas de Actualidad*, (Coord J. López López) Marcial Pons, Madrid, 1996 pp. 119 y ss; G.B. Olmeda Freire “La renta mínima garantizada: a caballo de la asistencialidad, la Seguridad social y la política de empleo”

[www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista\\_07/Art3-rev7.pdf](http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_07/Art3-rev7.pdf)

<sup>9</sup> Informe 8/1996 *La pobreza y la exclusión social en España* CES, Madrid, 1997, pág. 72.

<sup>10</sup> García Romero M.B., *Rentas mínimas Garantizadas en la Unión Europea*, CES, Madrid, 1999, pp. 315 y ss

<sup>11</sup> Correa Carrasco, M., “Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el Derecho Social Europeo”, en VVAA: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo* MTAS, Madrid, 2001, pág. 498. Quién considera que el desempleo de los grupos más vulnerables llega a ser sinónimo de exclusión social. También en el Informe 2/2001 del CES *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión* CES, Madrid, 2001 pág. 16 se llega a afirmar que “el trabajo es la principal fuente de integración social”.

orientación las Directrices sobre el empleo de la UE recogida en los sucesivos Planes de Acción para el Empleo del Reino de España destacan la idea de que una política eficaz frente al desempleo no debe basarse exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de ésta con medidas adecuadas de inserción laboral. Más recientemente los Estados miembros de la UE dentro del marco de la Estrategia de Lisboa (2006) preocupados por el inalterado porcentaje de población en riesgo de exclusión (alrededor del 16 por ciento), pese al crecimiento económico, se comprometieron a conceder máxima prioridad a esta cuestión y a dar “un impulso decisivo en la erradicación de la pobreza” en Europa con la perspectiva del 2010, designado Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión<sup>12</sup> y hacer de la misma uno de los elementos centrales de la modernización del modelo social europeo<sup>13</sup>.

En España el proceso de creación de las rentas mínimas ha venido marcado por el protagonismo de las Comunidades Autónomas encargadas en exclusiva del desarrollo de los Programas de lucha contra la exclusión, lo que ha originado un panorama normativo bastante heterogéneo con distantes niveles de evolución y cobertura<sup>14</sup>. A modo de ejemplo, ni siquiera constituye una nota común entre las distintas normativas la situación en la que se encuentra el beneficiario en relación a la prestación. Así frente a las CCAA que le conceden el carácter de derecho subjetivo perfecto, otras articulan una prestación sujeta a disponibilidad presupuestaria, muy centrada en la demostración de la carencia de rentas, con una cobertura muy limitada orientada hacia la protección contra las situaciones más extremas de exclusión y no a evitar la pobreza relativa. Precisamente son las comunidades autónomas con menores niveles de pobreza las que cuentan con programas que otorgan una cobertura más amplia y diversificada<sup>15</sup>, normas configuradas con rango de ley técnicamente más acabadas que contienen programas completos. Nos encontramos, pues, ante un sistema de protección social con importantes desequilibrios por razón del territorio lo que hace imposible hablar de la existencia de un verdadero sistema de ingresos

<sup>12</sup> DO L 298 de 7.11.2008 p. 20

<sup>13</sup> Estableciéndose una serie de objetivos y actividades comunes vid. “Año europeo de lucha contra la pobreza y exclusión social 2010” Documento Marco Estratégico. Prioridades y orientaciones para las actividades del Año Europeo 2010 Comisión Europea <http://2010againstopoverty.ec.europa.eu>

<sup>14</sup> Arriba A. “Procesos de implantación de políticas de rentas mínimas de inserción en España” Unidad de Políticas Comparadas (CSIC) Documento de Trabajo 99-09

<sup>15</sup> Un análisis económico sobre la eficiencia económica de los distintos programas autonómicos Ayala Cañón, L., *Las Rentas Mínimas en la reestructuración de los Estados de Bienestar* CES, Madrid, 2000 Pérez Eransus, B., *Políticas de activación y rentas mínimas*, FOESSA, Madrid, 2005 p.204

mínimos en España<sup>16</sup>. Este misceláneo panorama normativo plantea, más allá del inagotable debate sobre la conveniencia o no del modelo descentralizado de asistencia social<sup>17</sup>, la necesidad de aproximar las distintas normativas autonómicas a través de mecanismos de coordinación que garantice una más correcta aplicación del principio de igualdad en todo el territorio español<sup>18</sup>.

No obstante, resultan coincidentes en los Programas autonómicos algunas notas que vienen a delinear los contornos de esta institución. Entre éstas cabe señalar su configuración como subsidio diferencial, por tiempo limitado si bien estableciendo diversas prórrogas en caso de seguir en situación de necesidad, de escasa cuantía, que tiene como fin atender las necesidades más básicas de la familia, jugando a modo de contrapeso el cumplimiento de una serie de compromisos y obligaciones asumidas por los destinatarios orientadas a su inserción social<sup>19</sup>.

Centrando el estudio en el ámbito andaluz ha de destacarse que nuestra comunidad fue una de las que primero articularon la renta mínima o Ingreso Mínimo de Solidaridad, denominación por la que optó el Decreto 400/990 27 de noviembre, derogado por el vigente Decreto 2/1999, 12 de enero, que regula el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad. Sin embargo, pese a la pronta iniciativa legislativa, conviene poner de relieve, que el citado Decreto no se encuentra entre los programas más avanzados. En primer lugar, la norma andaluza no le atribuye el carácter de derecho subjetivo perfecto, sino que la prestación queda condicionada a disponibilidades presupuestarias, por tanto no es exigible jurídicamente por todos aquellos que reúnan los requisitos. Al respecto conviene señalar que esta situación será corregida por la futura Ley de Inclusión Social en Andalucía entre cuyas aportaciones destaca la configuración del la renta como un derecho subjetivo perfecto; en segundo término, el tratamiento y el protagonismo otorgado por las leyes de última generación a los mecanismos de

<sup>16</sup> Sanzo González, L., “La introducción de la renta básica en España” en Cuadernos de Relaciones Laborales, 2005, 23, n° 2 pág. 128

<sup>17</sup> Martínez Torres, A., *Rentas Mínimas Autonómicas en España. Su dimensión espacial* Papeles de Trabajo Instituto de Estudios Fiscales 33, 2003.

<sup>18</sup> Rojo Torrecilla, E., “Protección Social y Rentas Mínimas de Inserción” op. cit. p 135 señalando que tal acuerdo “debería realizarse en el seno de la Conferencia Sectorial de Consejerías autonómicas responsables de asuntos sociales

<sup>19</sup> Sobre las notas que caracterizan a las Rentas Mínimas vid. Rojo Torrecilla, E., “Protección Social y Rentas Mínimas de Inserción” en *Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad* op. cit. pp 117-119; Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, ed. CESS, Madrid, 1998 p 66 y ss.

inserción integral, especialmente las acciones para el empleo, dista un abismo del realizado por el Programa andaluz, en el que pese a declararse en línea de principios la prevalencia de la inserción social sobre la meramente asistencial, la articulación de la misma “se encuentra a medio camino entre la inexistencia y la experimentalidad”<sup>20</sup>. En definitiva y como veremos a continuación, el programa andaluz se traduce en un exigente test de comprobación de recursos económicos, desatendiendo los elementos que constituyen su aspiración máxima de conseguir una mayor integración social de los individuos excluidos en la sociedad.

En el momento presente el artículo 23.2 del Estatuto de Andalucía establece que “todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley”. Nótese que la protección va dirigida a “todos” y que la terminología empleada, renta básica, apunta al establecimiento de un derecho universal de la ciudadanía. Pese a ello, la acotación realizada a favor de su percibo en “caso de necesidad... con arreglo a lo dispuesto en la ley”, indica una visión más realista en línea con las actuales rentas mínimas de inserción<sup>21</sup>. Conviene señalar que el desarrollo legal de este derecho, actualmente en fase de Proyecto de Ley, aborda la regulación de la renta básica como una “prestación que tiene por objeto garantizar los medios necesarios para la subsistencia en el proceso de integración social” exigiéndose la acreditación de la situación de necesidad para el acceso a esta prestación de carácter asistencial.

## 2. EL CARÁCTER FAMILIAR DEL INGRESO MÍNIMO DE SOLIDARIDAD

El papel de la familia en el sistema de Protección Social de los países mediterráneo ha evidenciado la importancia que ésta adquiere como institución que procura cuidado a sus miembros, distribuye bienestar y como mecanismo que canaliza la inserción y socialización de sus integrantes<sup>22</sup>. Esta preponderancia de la familia como agente protección y socializador explica que los Estados del Bienestar de los países del sur de Europa regulen formas de protección social

<sup>20</sup> Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, p.206

<sup>21</sup> Una exégesis del citado artículo en Martínez-Gijón, Machuca, M.A. “Análisis crítico del artículo 23.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía (El derecho a una Renta Básica)” en *Políticas Laborales y de Protección Social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Mergablum, Sevilla, 2008, p.67

<sup>22</sup> Antón, M.J., Miravet, P., “Paradojas del familirismo en el Estado del Bienestar” en *Cuadernos de Relaciones Laborales* 2005, 23 n° 2 p 104-105

muy vinculadas a necesidades dentro del núcleo familiar, o tomen a la familia como referente de la protección de ciertas prestaciones tanto del nivel contributivo como asistencial. El objetivo no es otro que el de permitir a todas las familias la disposición de recursos suficientes para subvenir, en condiciones de igualdad cualquier situación de necesidad<sup>23</sup>.

Esta concepción de la familia como red de solidaridad y eje vertebrador de la inserción y de la protección social se evidencia de forma nítida en muchas prestaciones del sistema público y es el modelo tomado por las distintas normas reguladoras del ingreso mínimo implantado en las CCAA. Se trata de un modo de protección colectiva en la que subyace la idea de que las personas que conviven, comparten cargas y costes de su existencia, siendo la familia la unidad de destino preferente otorgándole una cantidad mínima global, lo que comporta un coste menor que si se garantizase un nivel de ingresos mínimos individual<sup>24</sup>. Concretamente en Andalucía el artículo 2 del Decreto 2/1999 establece como beneficiarios del citado programa “las unidades familiares”, configurándose de este modo como una prestación económica que tiende a satisfacer la situación de necesidad surgida en el seno del grupo familiar. Esto es, el Ingreso Mínimo de Solidaridad (en adelante IMS) y el resto de medidas que conforma el Programa de Solidaridad Andaluz se otorga a la unidad familiar con el objetivo que cada familia obtenga los recursos que permitan su subsistencia.

La noción de familia es relevante ya que es ésta no sólo se erige como unidad de destino del IMS, sino que será la que venga a determinar la cuantía de la misma y la situación de necesidad, en la medida en que son los recursos económicos de la misma los que determinan la existencia de la situación carencial a proteger. Es habitual que la normativa reguladora de la garantía de ingresos mínimos teniendo presente la transformación progresiva de las estructuras familiares, aumento de las familias monoparentales y otras formas de convivencia adopte un concepto amplio y extenso de familia. Amplio, en la medida que abarca tanto las unidades familiares pluripersonales como las unipersonales; tanto las constituidas por lazos matrimoniales como las relaciones de afectividad análogas a la conyugal. Así el artículo 3 del Decreto 2/99 evitando la penalización de los sujetos que viven sólo considera que “una única

<sup>23</sup> Alcázar Carrillo, R. L., *La Seguridad Social y la protección a la familia en España*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976 p. 49 afirma que “no puede programarse ésta (Sistema de Seguridad Social) sin tener en cuenta las vicisitudes por las que atraviesa aquélla, (la familia) ya que ambas se condicionan recíprocamente”

<sup>24</sup> Rey Pérez J.L., *El Derecho al trabajo y el Ingreso Básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dikynson, Madrid, 2007 p. 209 señala que de nuevo se ha perdido la oportunidad de romper “el modelo de bienestar imperante, como sí supondría haberlo hecho si se configurase como un auténtico derecho individual”



persona constituye unidad familiar” de lo que puede deducirse que al menos en estos casos puede predicarse el carácter individual del IMS. Extensa, porque el número de familiares se amplía hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o por adopción en relación con el solicitante salvo en el caso de matrimonio o pareja de hecho en que el grado de parentesco se contará indistintamente desde cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja. Se trata, en definitiva, como se ha afirmado de un derecho de los hogares o familias más que de los individuos que no pueden acceder de forma independiente si conviven con otros sujetos unidos por relaciones de parentesco<sup>25</sup>, impidiéndose la coincidencia en una misma unidad de convivencia de más de una renta<sup>26</sup>. Resulta indiferente para la Administración quien interviene como beneficiario puesto que el IMS se destina a la familia, tal es así que en caso de fallecimiento se prevé que éste sea sustituido por otro miembro de la unidad familiar (artículo 13.2 Decreto 2/99).

Determinado el concepto de unidad familiar, el artículo 2 del Decreto exige que dichas unidades familiares estén “constituidas de forma estable, con un año de antelación, como mínimo a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo los casos de matrimonio, nacimiento de hijo o adopción y ruptura familiar suficientemente acreditada”.

### 3. REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES

#### 3.1. Residencia

El beneficiario ha de residir legalmente en territorio andaluz y haberlo hecho con al menos un año de antelación (artículo 2 del Decreto 2/99). La residencia continuada es una exigencia en las prestaciones no contributivas, que se justifica en la necesidad de evitar las migraciones, en este caso también intracomunitarias, con el sólo objetivo de percibir una prestación<sup>27</sup>. Esta exigencia que se recoge en todas las normativas de las distintas CCAA, puede chocar con los continuos programas de fomento del empleo en el se encuentran diversas

<sup>25</sup> Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, op. cit. p. 137.

<sup>26</sup> Frente a lo que ocurre con las prestaciones no contributivas que se permite la acumulación de pensiones en una misma unidad familiar si bien aplicando coeficientes reductores sobre la cuantía de la prestación.

<sup>27</sup> Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómicas. Estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, op. cit., p. 134, argumento que pierde peso en tanto que todas las CCAA tienen su propia renta.

medidas que alientan una mayor movilidad de la población activa, es por ello que en la nueva Ley de Inclusión habría de arbitrase algún mecanismo que flexibilizase dicha exigencia, así como establecer algún instrumento de coordinación entre las distintas CCAA que haga fácil a los que están percibiendo la prestación el tránsito de una comunidad a otra. No obstante, el Decreto andaluz admite excepciones a este requisito basadas en “causas de trabajo o análogas, así como fuerza mayor”, y por ello, aquéllos sujetos que emigraron a otras CCAA o incluso a otros países podrán causar derecho al IMS. Finalmente, la acreditación de la residencia se realizará a través de la certificación de los padrones municipales (art. 15.1. b) Decreto 2/99).

### 3.2. Edad

Se excluye del concepto de unidad familiar unipersonal a los menores de 25 años, salvo los mayores de edad que hayan estado previamente bajo la tutela de la Junta de Andalucía y a los mayores de 65 años. A nuestro juicio ambas exclusiones parecen poco razonables.

La primera porque pese a que entendemos más adecuadas otras acciones fundamentalmente de carácter formativa, nada impide que un sujeto mayor de edad y menor de 25 años que no forme parte de una unidad de familiar, no cuente con los medios económicos necesarios para su subsistencia y además presente debido a su insuficiente formación y a la carencia de experiencia importantes déficit de empleabilidad. Desde nuestro punto de vista, en estos casos podrían ser especialmente eficaces, dada la juventud del sujeto, las acciones contenidas en estos Programas, que al menos formalmente tienen el objetivo de resolver los problemas de fondo que impiden la inserción laboral, garantizando además el correspondiente derecho al IMS.

En cuanto a la previsión legal que exceptúa a lo mayores de 65 años del concepto de unidad unipersonal, aunque consideramos que dicha reserva se justifica en el carácter subsidiario de esta institución y por tanto en la certeza de que será protegido por el sistema público de Seguridad Social y en la imposibilidad de aplicar a este colectivo medidas de inserción laboral, consideramos dado el carácter diferencial de estas rentas mínimas, que nada impide que exista otra fuente paralela siempre que éstos sean inferiores al límite de ingresos establecidos. Esta solución es la adoptada por la Ley para la Garantía de Ingresos e Inclusión Social del País Vasco sin que necesariamente deba ir acompañada con apoyos específicos para la inclusión social o laboral, garantizando a las personas beneficiarias de pensiones contributivas o no contributivas el percibo del 100 por ciento del SMI<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> En la que se recoge explícitamente el carácter de unidad convivencial para pensionistas, incluso cuando convivan con otros familiares vid. Artículos 9.2, 20.c) art. 67.7 último párrafo de

### 3.3. Carencia de recursos suficientes

Punto central de la regulación de las prestaciones asistenciales, cuyo objetivo es subvenir situaciones reales de necesidad, es la constatación de la carencia o insuficiencia de recursos, excluyéndose su reconocimiento si los recursos obtenidos son superiores a un determinado umbral. El citado límite está regulado en el artículo 2 c) del Decreto tomando como referencia para la fijación del límite de recursos la propia cuantía del IMS que a su vez es varía según el número de miembros integrantes de la unidad familiar.

En coherencia con esa caracterización de prestación familiar, el cómputo de los recursos económicos se llevará a cabo teniendo en cuenta el conjunto de ingresos de la unidad de convivencia, lo que obliga a comprobar el número de sujetos que forman la unidad familiar del solicitante y en segundo término qué ingresos son computables. Como ya se indicó más arriba el Decreto 2/99 parte de un concepto de familia amplio y extenso y por tanto habrá de tener en cuenta los ingresos percibidos, no sólo por los integrantes de la unidad familiar nuclear sino también habrán de tenerse presente los ingresos de los ascendientes (tanto por consanguinidad como por afinidad) además de los colaterales hasta el segundo grado.

Respecto de los recursos computables, el artículo 4 del Decreto 2/99 considera computable las “pensiones, subsidios, rentas e ingresos que, en cualquier concepto, perciban o tengan derecho a percibir” que perciba cada uno los miembros que conforman la unidad familiar en el momento de la presentación de la solicitud. A la vista de los conceptos que suman hay que llegar a la conclusión que la existencia de otros ingresos no es por sí solo excluyente de la concesión del IMS, sino que lo relevante es que los ingresos obtenidos no superen el límite establecido, lo que evidencia de forma clara el carácter complementario de la garantía de ingresos mínimos.

En relación al citado límite de ingresos, la fórmula por la que opta el Decreto andaluz no difiere del patrón utilizado en otras CCAA siendo el importe del propio IMS el parámetro que determina el umbral de pobreza. Así el artículo 2 del Decreto señala que los ingresos familiares deberán ser “inferiores a la cuantía del ingreso mínimo de solidaridad”, que de acuerdo con el artículo 6 consiste en una prestación del 62 por ciento del SMI, incrementada en un 8 por ciento por cada miembro de la unidad familiar, hasta un máximo equivalente al cien por ciento del SMI.

---

la Ley 18/2008 de 23 diciembre. El Dictamen 9/08 del CES País Vasco se indica que “las personas beneficiarias de pensiones tienen por “lo general escasísimas probabilidades de ver modificada su situación económica mediante la aparición de nuevas fuentes de ingresos, quedando muy limitadas sus posibilidades de independencia y autosuficiencia económica”

También tiene la consideración de recurso computable “los bienes muebles e inmuebles poseídos, por cualquier título jurídico, por los miembros de la unidad familiar”, excluyéndose, por razones obvias, la propiedad o posesión de la vivienda habitual. Nótese como la norma computa la mera titularidad de los bienes con independencia de si de éstos se obtiene algún fruto o rendimiento económico<sup>29</sup>, y lo que es más grave, sin discriminar si éstos pueden tener efectos favorecedores para el objetivo de lograr el fin último de la inserción social y romper amarras con la dependencia de la asistencia social. Olvida el Decreto que un aspecto muy significativo de la política de fomento de la inserción de las personas en situación de exclusión aconsejaría la exclusión de rentas o bienes que pudieran facilitar la inserción laboral con el fin de alcanzar la autonomía económica de los sujetos, situación que viene a ser corregida por el Proyecto de Ley de Inclusión en Andalucía<sup>30</sup>.

Finalmente, quedan excluidos del cómputo de ingresos la prestación por hijo a cargo y las ayudas para el transporte a las que pudiera tener derecho la unidad familiar beneficiaria de alguna de las acciones prevista dentro del Programa de Solidaridad. No hace referencia la norma a otras ayudas económicas que pudieran enmarcarse dentro de las medidas de apoyo para la integración que se diseñe para cada uno de los miembros de la unidad familiar, tales como becas para la educación o la formación, ayudas para comedor escolar, y alquiler o rehabilitación de viviendas etc., que pueden facilitar la superación de desequilibrios personales y familiares, así como fomentar la participación social de los beneficiarios.

Una vez determinado el tamaño de la unidad familiar y computados los recursos disponibles por la misma, la Administración queda obligada de ejercer un control exhaustivo y constante no sólo de los ingresos que perciban en el momento presente, sino también sobre los futuros en la medida en que la norma hace referencia a las rentas que *tengan derecho a percibir*, lo que exige a los servicios sociales una labor de de apoyo técnico, información y asesoramiento a las familias a los efectos de verificar si cada uno de los individuos que integran la unidad familiar cumplen con los requisitos de acceso a otras pensiones o subsidio dispensadas por el sistema de Seguridad Social o por otras instituciones, y, en caso afirmativo, encauzar la solicitud a las entidades competentes<sup>31</sup>

Para la determinación del lapso temporal en los que habrán de computarse los ingresos familiares, es tónica general en las distintas normas autonómicas

<sup>29</sup> Estévez González, c., *Las Rentas Mínimas Autonómicas* op. cit. pág. 147 lo que comporta la “patrimonialización en la determinación de la situación económica”.

<sup>30</sup> Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico* op. cit. p. 252.

<sup>31</sup> Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómicas* op. cit. p 152.

sobre esta materia, hacer el cómputo anual de los recursos percibidos, sin embargo en el Decreto 2/99 separándose de la citada regla opta por un cómputo mensual que tiene la virtualidad de valorar la situación presente<sup>32</sup>. Este reducido lapso temporal obliga a los servicios sociales a una constante labor de control a fin de verificar las posibles variaciones de las circunstancias económicas de los destinatarios, pero, la complejidad que introduce la vigilancia continua del patrimonio de la unidad familia tiene la cualidad de no hacer esperar a los sujetos con rentas actuales por debajo del umbral de pobreza un dilatado período para poder acceder a la prestación<sup>33</sup>.

El limitado umbral establecido en el Decreto, el cómputo indiscriminado de la totalidad de los recursos, unido al tipo de hogar configurado en la norma, tiene como efecto en la práctica que sólo tengan acceso al IMS un limitado número de familias lo que compromete seriamente su eficacia. Así, cuando el solicitante del IMS con su propia unidad familiar no posea recursos propios y se vea forzado a convivir, incluso por carecer de vivienda, con un ascendiente que percibe una pensión, se verá privada de la citada renta o, cuando menos, se reducirá su importe, sin tener en consideración otros factores o circunstancias sociales del solicitante; en otras ocasiones la situación de convivencia puede venir motivada por la necesidad de cuidado del ascendiente pensionistas, lo que puede generar más gastos para la familia que, no obstante, se ven privadas de nuevo del IMS si la pensión supera el límite de recursos. Más generosas se muestran otras normas autonómicas que no sólo atienden al dato numérico y económico de la familia sino que tiene en consideración factores extraeconómicos y circunstancias sociales que perfilan la unidad de convivencia, llevando a cabo cierta individualización de la prestación atendiendo a la distinta realidad de los sujetos que aun residiendo en el mismo hogar conforman distintas unidades familiares<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómicas* op. cit. p. 145

<sup>33</sup> Alarcón Caracuel, M.R., y González Ortega, S. *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1991 p. 397 en relación a las prestaciones no contributivas señala la virtualidad de lo dispuesto en el artículo 11.1. RD 357/1991 en el que se establece que el cómputo ha de hacerse con relación a las rentas de que “disponga o se prevea que va a disponer el interesado”

<sup>34</sup> Vid Ley 18/2008 de 23 diciembre del País vasco que en su artículo 9 considera unidad de convivencia aun cuando se integre en el domicilio de personas con la que mantengan vínculos de parentesco “las personas beneficiarias de pensiones contributivas o no... b) Personas que habiendo sido víctimas de maltrato doméstico, hayan abandonado su domicilio habitual, junto con sus hijos e hijas si los tuvieras , c) Personas con menores de edad a su cargo, d) Personas solas que se hayan visto forzadas a abandonar la vivienda en la que residían habitualmente a consecuencia de una separación o de un divorcio o por falta de recursos económicos suficientes, o por alguna situación que se a considerada como extrema por parte de los servicios sociales”; Artículo 4.1. b) Decreto Foral 120/1999 de 19 de abril por el que se regula la Renta básica en

#### 4. EL COMPROMISO DE INSERCIÓN

La doble finalidad instrumental que informa a las rentas autonómicas tiene como efecto el dedicar especial atención al compromiso de inserción y ello porque se trata como se ha señalado más arriba, no sólo de proveer los recursos económicos básicos a los beneficiarios, sino que, además, se articulan toda una serie de medidas y acciones orientadas a la promoción e incorporación de éstos al ámbito social del que han sido excluido, y más concretamente al ámbito laboral, en la medida en que existe el convencimiento de que el paro constituye uno de los principales detonantes de las situaciones de marginación social. Por tanto, a la comprobación de recursos, elemento clásico de la asistencialidad, se añade una nueva lógica, la promocional del sujeto.

El compromiso de inserción puede definirse como acuerdos o “contratos sui géneris”<sup>35</sup> en los que se contienen la propuesta de medidas y acciones que se consideran acertadas de acuerdo con el perfil que presenta el beneficiario. En definitiva es el instrumento a través del cual se forja el camino para la lograr la mejora de la situación social, económica y laboral de los destinatarios.

Se opta, pues, por un modelo de solidaridad condicionada<sup>36</sup>, en el sentido de que no se entiende la prestación económica sin una cierta reciprocidad concretada en la realización de las actividades formativas, laborales, profesionales o sociales que los destinatarios se comprometen a llevar a cabo, a propuesta de los Servicios Sociales<sup>37</sup>. La lógica sobre la que se asienta este instrumento de inserción parte del convencimiento de que la situación de exclusión social es multicausal, ligada a toda una serie de carencias en la que la falta de recursos económicos solo constituye un factor más. De este modo, como se ha afirmado, puede considerarse a los destinatarios de las rentas

---

el que establece que “las pensiones o prestaciones análogas de personas ajenas al núcleo familiar del solicitante o de personas dependientes de ésta hasta una cuantía equivalente al 35 por 100 del SMI”; Art. 4 Decreto 306/1998, de 1 de diciembre que regula la Renta Mínima de Inserción de Cataluña.

<sup>35</sup> Sobre su naturaleza vid. Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., *El derecho a la Renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico* op. cit. p. 319 y ss concluyendo en la p. 373 a tenor de las distintas normas autonómicas que regulan las Rentas mínimas estamos ante “una figura de naturaleza específica, caracterizado por una estructura particularmente compleja y que comporta una serie de derechos y obligaciones recíprocos cuyo incumplimiento comporta concretos y serios efectos jurídicos, en particular del lado del beneficiario”

<sup>36</sup> Sanzo González, L., “La introducción de la Renta Básica en España”, Cuadernos de Relaciones Laborales 2005,23, nº 2, p. 130

<sup>37</sup> No se prevé en el Decreto Andaluz situaciones como las contempladas en la Ley 18/2008, de 23 diciembre del País Vasco en las se exceptúa a los destinatarios pensionistas de la obligación de suscribir el compromiso de inserción.

mínimas, tanto como *acreedores* de prestaciones económicas y técnicas como *deudores* de determinadas conductas conducentes a la adquisición de una cierta autonomía económica y social<sup>38</sup>.

En Andalucía siguiendo el modelo de las legislaciones autonómicas se regula el compromiso de inserción, exigiendo la suscripción del mismo con “carácter previo a la concesión de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad”, esto es, se establece como condición para el acceso a la prestación. En general, el compromiso o convenio de inserción, en coherencia con el carácter colectivo de la prestación, se dirige tanto al solicitante como a los demás miembros de la unidad familiar. En este sentido, el 10 del Decreto 2/99 ordena a “los miembros mayores de edad de las unidades familiares”, a aceptar y a cumplir lo estipulado en el compromiso de inserción. No obstante, la norma andaluza, aunque no prevé expresamente en su articulado excepciones a esta condición, quizás consciente de que no todos los sujetos son susceptibles de recibir medidas de inserción, señala de un modo un tanto lacónico que estarán obligados a suscribir el citado compromiso “cuando fueran requeridos para ello” por parte de los Servicios Sociales competentes lo que a priori pudiera dar a entender que se deja a juicio de los Servicios Sociales la necesidad de diseñar acciones orientadas a la inserción e incluso la suscripción del compromiso. Abunda en esta interpretación el artículo 18 en el que se señala que “las solicitudes, junto con su documentación, los informes evacuados, y en su caso, el compromiso de inserción, serán remitidos a las Comisiones de Valoración, que tras su análisis procederán a formular las correspondientes propuestas a los órganos competentes para resolver”. No obstante, a pesar de la literalidad de los preceptos transcritos, a la vista del amplio contenido que puede integrar el compromiso de inserción, en el que quedan enmarcadas medidas no sólo orientadas al empleo, sino para la mejora de la formación y educación, salud y vivienda hacen difícil excluir a familias completas de la aplicación de algunas de las acciones que puedan derivarse de las anteriores materias.

Puesto que la exclusión está ligada a toda una serie de carencias que atañen, además de la carencia de recursos económicos, a las esferas de salud, vivienda, formación y empleo, las medidas y actividades que pueden integrarse en el compromiso de inserción son múltiples y tratan de atender a la heterogeneidad de todos los factores que causan la situación de exclusión. El artículo 10 del Decreto 2/99 las clasifica en medidas de carácter “personal y familiar” y aquellas de contenido “socioeconómico laboral”. Respecto de las primeras, se señala que su “contenido estará dirigido al desarrollo de actividades que

<sup>38</sup> Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., *El derecho a la Renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico* op. cit. p. 318

permitan movilizar los recursos, destrezas y habilidades de los interesados, así como su grado de integración y responsabilidad familiar en los ámbitos de escolarización, salud y vivienda”. Las segundas se orientan a “fomentar en los interesados sus posibilidades de acceso y mantenimiento como sujetos activos, procurando 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 definitiva, dada la amplitud de su formulación, pueden incluirse todas una amplia gama de acciones que fomenten el desarrollo de las habilidades y capacidades necesarias para promover la autonomía personal y la participación en la vida social, económica y cultural de la comunidad de convivencia y su aplicación se asocia de forman inextricable a la percepción del IMS.

Entrando ya en el procedimiento de elaboración del compromiso, el Decreto andaluz es especialmente parco, limitándose a establecer la obligación de suscripción y cumplimiento de lo establecido en el compromiso de inserción. No se reclama como ocurre en otras normas autonómicas más avanzadas, la colaboración de los destinatarios en la elaboración del mismo, ni se definen las fases por las que el proceso debe necesariamente transitar, simplemente se configura como una condición previa a la concesión del IMS.

En efecto, respecto de la fase de valoración, análisis y diagnóstico de las necesidades individuales y familiares, el Decreto solo ordena que las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales realicen un informe descriptivo de “las condiciones sociales y económicas en que se hallen las unidades familiares solicitantes” en el que, además se valorará “los efectos que sobre la misma (unidad familiar) ocasionaría la aplicación de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad” (art. 16); en segundo lugar, si el informe fuese favorable, el mismo órgano provincial “procederá a elaborar el compromiso de inserción previsto en el artículo 10 del presente Decreto, atendiendo para ello a las circunstancias en que se encontrare la unidad familiar” (artículo 17).

Se echa en falta una mayor concreción normativa en la fase de análisis de la situación de los solicitantes. Esta etapa inicial debería estar guiada por una serie de criterios o instrumentos comunes de valoración de las necesidades y carencias individuales y familiares que objetivase la actuación de los servicios sociales evitando la discrecionalidad a la hora de valorar la situación económica y social de los solicitantes. Asimismo parece necesario que en atención al anterior análisis, los servicios sociales definan las estrategias y los objetivos que se pretenden en cada una de las familias solicitantes teniendo como fin la inserción social, pero siendo conscientes de que en muchos supuestos este objetivo puede resultar remoto o de difícil cumplimiento. En este sentido y para evitar situaciones frustrantes habría de distinguirse en la norma entre quienes no



tienen posibilidades de inserción, los que necesitan una readaptación social previa y los que tengan por objetivo primordial el acceso a un empleo.

Sobre la base del diagnóstico, consideramos que deben diseñarse las acciones concretas a seguir, estableciendo su duración y el calendario de actuaciones específicas orientadas a la consolidación de determinados comportamientos de los destinatarios. Es en esta fase en la consideramos imprescindible la intervención de los destinatarios que en el Decreto andaluz parece confiarse en exclusiva a la administración, agotándose participación de aquéllos con la mera aceptación de la realización de las actividades propuestas por la Administración, como si de un contrato de adhesión se tratara. Desde nuestro punto de vista, no parece, la fórmula más acorde cara a la consecución de la finalidad propia del citado compromiso. Si el compromiso de inserción busca la participación activa y favorable de los destinatarios a desarrollar acciones para la inserción, consideramos imprescindible, que los propios destinatarios se vean involucrados en el diseño de las acciones de apoyo colaborando activamente y de forma coordinada con la administración. Cuanto más intensa sea la implicación de los destinatarios en la negociación de las medidas, mayor certeza obtendremos sobre la idoneidad de las mismas a las capacidades, habilidades, y perfil que presentan los sujetos, lo que dotará a este instrumento de mayores garantías de eficacia. Con esta finalidad, algunas normas reguladoras, al menos las más avanzadas, insisten en la necesidad de tener presente a los destinatarios, y a ser posible procurar su colaboración<sup>39</sup>; otras van más allá y establecen no sólo la obligación de suscribir y cumplir lo allí establecido, sino también el deber negociar de forma coordinada con la administración las acciones de apoyo para la inclusión sociolaboral, lo que tiene como efecto corresponsabilizar e implicar de forma directa al sujeto en su propio proceso de inclusión<sup>40</sup>. Con ello, además se consigue que los sujetos sean plenamente conscientes del itinerario que deberán recorrer teniendo pleno conocimiento desde el inicio, de las actuaciones, y la secuencia con las que ha sido planificada cada una de ellas.

Parece necesario también instrumentar medidas de seguimiento y control de lo acordado en el compromiso de inserción y no dejar a la voluntad y discrecionalidad de los profesionales de los servicios sociales la valoración del grado de inserción obtenido, sin contar para ello con criterios homogéneos que aúna la actuación en cada una de las Delegaciones Provinciales.

Como las acciones previstas en el compromiso de inserción estarán enfocadas a la integración global de los destinatarios en el se contendrán un elenco

<sup>39</sup> Artículo 6 1.f de la Ley 10/1997, de 3 julio Ley de Renta Mínima de Inserción de Cataluña.

<sup>40</sup> Ley Foral 9/1999, 9 de abril, de la Comunidad Foral de Navarra en su artículo 5 habla de "acuerdo negociado" País Vasco artículo 19. 2 a) Art. 31.2 Madrid.

de acciones de apoyo orientadas a distintos ámbitos (laboral, salud, vivienda, educación etc.), será absolutamente imprescindible procurar protocolos de actuación y una eficaz intervención coordinada de las distintas administraciones que pudieran verse afectadas en el proceso, sobre todo con el Servicio Andaluz de Empleo<sup>41</sup>.

En definitiva, partiendo de la premisa de que el compromiso de inserción es el instrumento básico de articulación de todo un conjunto de acciones y medidas, hay que señalar que en la normativa andaluza se detecta una falta de rigor en la regulación del mismo. Especialmente grave es la nula atención prestada a los aspectos procedimentales, materia que adquiere una gran significación para que éste no se convierta en una mera declaración de intenciones o instrumento vacío de contenido que pone en cuestión el alcance concreto de las medidas, que tratan de optimizar la empleabilidad de los sujetos perceptores de la renta cara al retorno al mercado de trabajo. La casi inexistente lógica promocional en el Decreto nos conduce a concluir que en el ámbito andaluz se prima más el carácter de prestación asistencial, convirtiendo el compromiso, pieza clave de la inserción, en un trámite más o menos formal que ha de verificarse, pero del que ya desde la propia norma se desconfiaba de su operatividad y eficacia.

## **5. MEDIDAS PREVISTAS EN EL PROGRAMA DE SOLIDARIDAD: CONTENIDO DEL INGRESO MÍNIMO DE SOLIDARIDAD**

El artículo 5 del Decreto enumera las “acciones y medidas” comprendidas en el Programa de Solidaridad a las que, cumplidos los requisitos podrán tener derecho los andaluces. Concretamente se incluyen las siguientes: ingreso mínimo de solidaridad, itinerarios profesionales, medidas educativas, y acceso a la vivienda. La aplicación de estas acciones no se dispone de forma separada o aislada de la prestación económica, sino que están inextricablemente vinculadas a la concesión del citado ingreso, de forma que la unidad familiar puede ser beneficiaria, además de la prestación económica de una o algunas de las medidas de integración previstas<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> En este sentido el Informe 2/2001 del CES *La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del Plan Nacional para la Inclusión Social*, op. cit.

<sup>42</sup> Así el artículo 18 del Decreto Andaluz ordena “las propuestas de resolución habrán de pronunciarse en torno a la concesión o no del Ingreso Mínimo de Solidaridad, pudiendo sugerir, sólo en el primer caso, la aplicación de cualquiera de las restantes acciones previstas en el Programa de Solidaridad”.

Hay que hacer notar que tanto las medidas educativas como el acceso a la vivienda y otras como las e carácter sanitario, son medidas que por su carácter general pueden y de hecho forman parte de programas en el marco de otras políticas sociales más amplias que dan cobertura a las mismas necesidades y que tienen como destinatarios bien a los ciudadanos o bien a los colectivos más vulnerables y desfavorecidos con independencia de si son perceptores o no del IMS<sup>43</sup>; del mismo modo la articulación de itinerarios de inserción personalizados se prevé con carácter general en la Ley 53/2003, de 16 de diciembre Ley de Empleo a favor de los desempleados demandantes de empleo<sup>44</sup>, si bien hay que señalar la indudable repercusión de éstas en la rentas autonómicas, en la medida en que se parte de la relación directa existente entre desempleo y exclusión social<sup>45</sup>.

### 5.1. El Ingreso Mínimo de Solidaridad

El IMS es una prestación que tiene naturaleza asistencial destinada a garantizar la percepción de unos ingresos mínimos a los colectivos sin recursos suficientes. El artículo 6 de Decreto 2/99 señala que el IMS consistirá en una prestación mensual que asciende a un determinado porcentaje del SMI que se incrementará atendiendo al tamaño de la unidad familiar hasta un máximo equivalente al cien por ciento del SMI. Bajo la premisa de quien convive comparte una serie de gastos comunes se tiene en consideración el número de miembros que integre la unidad familiar conformando el importe total del ingreso dos magnitudes: una de carácter fija y otra variable. La primera de estas magnitudes es igual al 62 por ciento del SMI, porcentaje que se irá incrementando en un 8 por ciento por cada miembro adicional que forme parte de la unidad familiar<sup>46</sup>. El descrito modelo de cálculo que como hemos visto trata de atender al tamaño de los hogares, entra en conflicto con el objetivo de satisfacer las necesidades de cada uno de los sujetos que integran la unidad familiar. En efecto, el sistema seguido para la determinación de la cuantía en el que se aplica un porcentaje fijo por cada miembro de la unidad familiar tiene un impacto negativo en las

<sup>43</sup> Estévez González, C., *Las Rentas Mínimas Autonómica*, op. cit. pág.94.

<sup>44</sup> Artículo 24.2 de la LE.

<sup>45</sup> Informe 2/2001 del CES La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del Plan Nacional para la Inclusión Social.

<sup>46</sup> Lo que supone para 2009 que una unidad formada por un solo miembro tendría derecho a percibir una prestación igual a 386,88 euros al mes; en caso de unidades familiares formadas por dos miembros percibiría 436,8 euros; en el supuesto de estar formadas por tres 486,72; si está integrada por cuatro miembros la cantidad ascendería a 536,64; y a partir de ahí será 624 euros (límite máximo de la prestación) sin que los sucesivos miembros de la unidad familiar suponga adición alguna a esta cantidad.

familias más amplias que resultan peor protegidas que aquéllas que cuentan con un número reducido de miembros<sup>47</sup>.

Otro de los elementos propios de la prestación es el que hace referencia a su carácter diferencial dado que “los recursos computables de la unidad familiar reducirán la cuantía mensual de la prestación” (artículo 6.2). No se impiden que los destinatarios cuenten con ingresos económicos, si bien en estos casos los destinatarios recibirán una cantidad igual a la diferencia entre los ingresos percibidos y la cuantía del IMS al que en atención al número de miembros de la unidad familiar le corresponda, sin que como consecuencia de ello la cuantía de la prestación sea inferior al 15 por ciento del citado SMI.

## 5.2. El Itinerario Profesional

Como hemos visto, uno de los principios en los que se fundamenta las rentas autonómicas es la consideración del empleo como uno de los dispositivos que evitan las situaciones de dependencias y facilitan la integración social. Con este objetivo las rentas autonómicas regulan acciones dentro del compromiso o convenio de inserción y además establecen instrumentos específicos orientados específicamente al empleo de estos colectivos. Así el artículo 7 del Decreto andaluz ordena con carácter prioritario, la inclusión de los miembros de las unidades familiares perceptores del IMS en el denominado Itinerario Profesional. Las acciones contempladas son de orientación, formación, fomento del empleo, inclusión o actualización de demanda de empleo en el Servicio Andaluz de Empleo, además, de otras medidas que puedan aprobarse a favor de los beneficiarios del IMS. Como se observa, de nuevo la actividad promocional es objeto de una laxa regulación en la que se echa en falta mayor concreción y detalle tanto en las acciones previstas como en temas procedimentales que evidencia una vez más, que la procura del empleo está lejos de consolidarse. Aun cuando consideramos conveniente no sublimar las medidas orientadas al empleo, puesto que este objetivo en muchos de los sujetos perceptores aparece como improbable, no parece que la inscripción como demandante de empleo o su actualización, el recibir orientación profesional, o incluso la realización de algún curso de formación, sean medidas novedosas y de gran alcance, ni que de las mismas pueda desprenderse la supremacía de las acciones orientadas a inserción o activación sobre la de protección económica de las necesidades más básicas de los destinatarios.

<sup>47</sup> Rey Pérez, J.L., *El Derecho al Trabajo y el Ingreso Básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, op. cit. pp. 206-207.

### 5.3. Otras medidas de inserción social

Como se ha descrito más arriba la ayuda no se limita a la prestación económica ni a la inserción laboral, sino que se acompaña de otras acciones más generales tendentes a lograr la integración social y muy especialmente las encaminadas a la inserción del sujeto en el mercado.

Dentro de las diferentes medidas generales se encuentran las medidas de integración de carácter educativo reguladas en el artículo 8 del Decreto, el cual establece a favor de cualquiera de los miembros de las unidades familiares beneficiarias del IMS su inclusión, entendemos que prioritaria “en programas de educación permanente de adultos y en cualquiera otra medida que pueda aprobar la Consejería de educación y Ciencia”, como mecanismo que contribuye a superar sus problemas de exclusión y marginación.

Otras de las medidas aparejadas a la percepción del ingreso es la que tiene como finalidad facilitar el acceso a una vivienda digna a aquéllos que carezcan de ella. La citada prestación articulada con carácter subsidiario y como un complemento del IMS se orienta a subvenir las necesidades relacionadas con la vivienda siempre, claro está, que quede probada y acreditadas dichas carencias. Las medidas establecidas consisten en establecer una preferencia en el acceso y mantenimiento o rehabilitación de la vivienda a los perceptores del IMS y en subvenciones económicas destinadas al pago de la renta así como a su rehabilitación. Así, se regula en el artículo 9 la aplicación del “procedimiento especial de adjudicación singular o de segunda adjudicación establecido para viviendas de promoción pública en régimen de alquiler” que serán “subvencionadas en su renta hasta un 90 por cien”; también se prevé para los casos en los se disponga de vivienda y éstas no reúnan las condiciones mínimas de habitabilidad la posibilidad de aplicar el procedimiento anterior o “la inclusión en un programa de rehabilitación que se esté ejecutando o se vaya a acometer en su municipio de residencia”.

## 6. OBLIGACIONES DE LOS DESTINATARIOS

La búsqueda de la reciprocidad entre ambas dimensiones que caracteriza e inspiran a esta institución tiene como efecto la asunción de un catálogo de obligaciones más o menos extenso que trata de controlar la correcta distribución de los recursos económicos destinados a subvenir necesidades básicas y de maximizar las posibilidades de inserción de los beneficiarios.

Las diversas obligaciones enunciadas en el artículo 11 del Decreto 2/99 pueden distinguirse las que derivan del carácter subsidiario de la prestación

económica y que en tienen por objeto establecer una estrecha comunicación entre los destinatarios y la Administración, sobre cualquier eventualidad que pudiera tener incidencia en la prestación, especialmente las informaciones que pueden tener una incidencia directa en los aspectos económicos que puedan alterar la situación de la prestación. Junto a éstas, se establecen otras que pueden enmarcarse dentro de la predicada vocación de inserción de la institución, tendentes a lograr la necesaria colaboración de los beneficiarios a fin de evitar que la exclusión social se transforme en una situación endémica de imposible solución.

Como en otras prestaciones sometidas a un límite de ingresos, pesa sobre el beneficiario la obligación de informar a la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de “la modificación sobrevenida de las circunstancias que determinaron la concesión de las acciones previstas” (artículo 11 a). Se trata de un deber general de comunicar cualquier variación de las circunstancias que hicieron posible el acceso a la prestación, pero sobre todo las que hacen referencia a la situación económica de los beneficiarios. En efecto, al configurarse como prestaciones de carácter diferencial y en consecuencia de cuantía variable, las eventuales modificaciones de los recursos económicos y del número de miembros de la unidad familiar cobran especial significación, en tanto que estos factores son relevantes no sólo para la conservación de la prestación, sino también a los efectos de cálculo del importe de la misma. De ahí que la Administración competente se vea obligada a realizar continuas comprobaciones sobre el mantenimiento de los requisitos de acceso y la veracidad de la información alegada por los beneficiarios. La comunicación deberá realizarla los beneficiarios en el plazo de 15 días desde que sobreviene la modificación.

Relacionada con la anterior obligación se impone al beneficiario el deber de “reintegrar las cantidades indebidamente percibidas” (artículo 11.f). Esta obligación de restitución puede tener su origen en un acto de revisión realizado por el servicio competente, en el que se constate omisiones o inexactitudes en las declaraciones de los beneficiarios que puedan alterar la situación legal de la prestación reconocida que pueden influir en el montante de la prestación o en el mantenimiento de la misma.

Finalmente, refuerza el carácter subsidiario de la prestación, la obligación que el beneficiario asume de “solicitar las prestaciones, contributivas o no contributivas, así como reclamar los derechos que por cualquier título pudiera corresponderles a fin de incrementar sus recursos económicos, ejerciendo las acciones pertinentes para hacerlos efectivos” (artículo 11 b). Se trata de que el beneficiario adopte una posición activa y agote todas las acciones y derechos alternativos a fin de mejorar su situación económica, lo que evidencia de forma nítida el carácter de última red de protección social que cumplen estas prestaciones. Ahora bien, en caso de que el sujeto fuera titular de otra fuente de

ingresos no siempre la obtención de los mismos va a tener como efecto la extinción, sino que cuando éstos son inferiores al límite establecido, se procederá a recalcular el montante de la misma.

En los apartados c), d) y e) del artículo 11 se establecen una serie de obligaciones que en general derivan de los compromisos que asume el sujeto orientados a su inserción social. Así de las obligaciones más generales a las más específicas se impone al beneficiario un deber de colaborar con la Administración “para una eficaz gestión del citado Programa” [apartado d)], “firmar y cumplir el compromiso de inserción que, en su caso, se establezca, y realizar las actividades fijadas por el mismo” [e)], y “no rechazar oferta de empleo adecuada, ni cualquiera de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad” [c)]. Nótese que la concesión de la prestación económica queda condicionada a determinados compromisos que debe asumir sus destinatarios, lo que implica que los éstos deben adoptar comportamientos activos y aptitudes positivas que expresen una clara voluntad y disponibilidad para superar la situación de exclusión y hacer realidad su normalización social, y que se recogen, como se expuso más arriba, en el compromiso de inserción. De ahí la especial relevancia que adquiere este documento en el que se describen y diseñan las concretas actividades que asumen los destinatarios y los recursos que se ponen su disposición. Evidentemente el alcance real de estas obligaciones dependerá del rigor y precisión con que se hayan trazado cada una de las medidas, cuanto más se definan y detallen las acciones, mayor será el grado de concreción de las obligaciones que adquieren los beneficiarios lo que facilitará la comprobación del grado de cumplimiento de las mismas por parte de los servicios sociales competentes.

Finalmente, los beneficiarios se comprometen a aceptar oferta de empleo adecuada, obligación que puede haberse previsto en el propio compromiso de inserción o haber sido acordada en el Itinerario Profesional como una de las actividades orientadas al empleo. Sobre lo que haya de entenderse por colocación adecuada nada se señala en la norma, si bien consideramos aplicables por los Servicios de Empleo los elementos de ponderación recogidos en el artículo 231.3 de la LGSS previsto a los efectos de la protección por desempleo. En cualquier caso, incluso en los casos que circunstancias personales, formativas o familiares de los destinatarios no aconsejen el acceso al empleo, parece incuestionable dada la configuración de estos dispositivos que el desempeño de las funciones de un determinado oficio o puesto de trabajo conlleva la adquisición de unos conocimientos prácticos, que probablemente van a incidir positivamente en la mejora de los niveles de ocupabilidad del trabajador, instrumento imprescindible para lograr la mejora de su situación social y económica. De ahí que en la práctica, otros elementos de carácter personal, familiar, o formativos cedan ante el interés de que el beneficiario adquiriera cierta experiencia y, sobre

todo, se inserte en el mercado laboral a la hora de ponderar la idoneidad de la oferta, de manera que basta la obtención de un empleo para considerar “adecuada” la oferta.

## 7. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

### 7.1. Nacimiento

El nacimiento de la prestación no se establece de forma automática sino que sigue un procedimiento complejo que se inicia con la solicitud de los interesados que deberá reunir las condiciones exigidas, siendo finalmente las partidas presupuestarias las que en última instancia determinará la su inclusión en el Programa. En efecto, solicitada la prestación y probada la situación de necesidad y la carencia de recursos, además de las condiciones impuestas en el compromiso de inserción, el sujeto no ostenta un derecho subjetivo perfecto a tales prestaciones vinculando a la administración a su concesión, sino que su otorgamiento dependerá de la existencia de fondos económicos destinados a tal fin.

Respecto de los actos formales “cualquier persona mayor de edad, que actúe en representación de su unidad familiar” (artículo 14 Decreto 2/99) deberá dirigir solicitud para el reconocimiento a los Servicios Sociales responsables de la concesión. Conviene destacar que el interesado deberá aportar aquellos documentos imprescindibles para demostrar que reúne los requisitos de carencia de recursos. A tal efecto, el artículo 15 exige declaración expresiva de los rendimientos tanto de los del solicitante como de los familiares, certificación de no percibir prestaciones contributivas o no contributivas, y de percibir las con indicación del período y cuantía reconocida y declaración de bienes muebles e inmueble y de derechos de todos los miembros de la unidad familiar. Junto a estos, el solicitante deberá aportar otros documentos identificativos tanto personales como aquellos que acrediten su situación familiar (libro de familia, o certificación de estar inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o en su defecto cualquier otro documento que acredite la existencia de la unión de hecho), y certificado expedido por el Ayuntamiento que acredite que todos los miembros de la unidad familiar se hallan empadronados como convivientes en un mismo domicilio al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud. Como se puede observar, el interesado debe acumular y presentar una ingente cantidad de certificados para obtener la prestación. Como la mayoría de los documentos a aportar deben ser expedidos por distintas administraciones el sujeto interesado deberá realizar un largo periplo hasta obtener toda la documentación



requerida. Finalmente, se exige una certificación de escolarización y asistencia a clase de los miembros menores de la unidad familiar, lo que da una idea aproximada del perfil de los sujetos que mayoritariamente acceden a estas rentas.

La solicitud junto con la documentación deberá ser presentada en la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales iniciándose el expediente que culminará con la Resolución de concesión o denegación. Llama la atención que se halla elegido el ámbito provincial para la recepción y tramitación del expediente frente al entorno local, opción que parece más adecuado, dada la mayor proximidad a la problemática y realidad social y económica de los interesados. Consciente de ello la norma en su párrafo segundo, prevé la posibilidad de requerir a las Corporaciones Locales, a través de los Servicios Sociales comunitario “la emisión de dichos informes”.

La citada Delegación Provincial no adopta una posición meramente receptora sino que la norma reclama de la administración una participación activa consistente en emitir informe sobre la situación socioeconómica en la que se encuentra de la unidad familiar. Ahora bien, esta intervención de la administración no parece exigirse siempre y en todo caso, sino que el artículo 16, de forma un tanto enigmática, reclama la actuación de la administración sólo “en caso necesario”, sin concretar quién determina la necesidad de emitir informe y en qué casos las solicitudes deben acompañarse del citado informe. Tan sólo parece claro, a tenor de lo dispuesto en el citado artículo, la necesidad de informar y valorar el grado de cumplimiento del compromiso de inserción en los supuestos en los que el solicitante hubiera sido previamente beneficiario. En cuanto al contenido del informe, además de esta valoración, la administración deberá exponer “las condiciones sociales y económicas en que se hallen las unidades familiares solicitantes” y hacer una valoración de “los efectos que sobre la misma ocasionaría la aplicación de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad”, lo que en puridad exigiría, además del análisis de las circunstancias socioeconómicas, un estudio del perfil psicológico, las actitudes, capacidades sociales y profesionales que presenta tanto el solicitante como su familia para posteriormente proponer medidas y valorar su eventual impacto. De ser favorable el informe, estas mismas Delegaciones Provinciales procederán a elaborar el Compromiso de Inserción tal como se indicó más arriba.

La documentación presentada, y el informe realizado serán remitidos a las Comisiones de Valoración<sup>48</sup> que tras el estudio del expediente “procederán a formular la correspondientes propuestas” que habrán de pronunciarse sobre “la concesión o no del IMS, pudiendo sugerir, sólo en el primer caso, la aplicación

<sup>48</sup> Artículo 21 “Se crea en cada una de las provincias de Andalucía una Comisión de Valoración...”.

de cualquiera de las restantes acciones previstas en el Programa de Solidaridad (artículo 18).

A la vista de la propuesta formulada se concluye el expediente con la resolución del Delegado Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales, quien podrá estimar o denegar la concesión del IMS. Si la resolución es estimatoria se prevé que los Delegados de las Consejerías de Empleo, Obras Públicas, y Educación, puedan pronunciarse a los efectos de “reconocer, con carácter adicional y en el ámbito de sus respectivas competencias, el derecho a la aplicación de las restantes acciones previstas en el Programa de Solidaridad, que en su caso procedan” (artículo 22).

En cuanto a la duración del procedimiento la norma solo exige de forma concisa que transcurridos tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se hubiese dictado resolución expresa deberá entenderse que ésta ha sido desestimada (artículo 19.2).

Finalmente, el Decreto recoge una situación provisional para los supuestos en que a la vista de la documentación presentada se aprecie que concurren “situaciones de emergencia social”, en cuyo caso se prevé el otorgamiento con carácter provisional del IMS, continuándose la tramitación conforme al procedimiento ordinario.

A partir del día siguiente al de la fecha de la Resolución se devengará el pago del IMS, salvo en las situaciones de emergencia social en las que se podrá anticipar el pago. De acuerdo con la Orden de 8 de octubre de 1999 por la que se regula el pago del IMS la Resolución indicará la cuantía mensual, el número de mensualidades concedidas que no podrá ser superior a seis meses y la forma de pago<sup>49</sup>.

El abono de la prestación se efectuará en principio a favor del solicitante. Ahora bien, al ser una prestación familiar se establece la posibilidad de sustituir al solicitante por otro miembro de la unidad familiar cuando “favoreciere a juicio de la Delegación Provincial una mejor aplicación del IMS”. La citada Orden no menciona las causas por las que puede realizarse la sustitución sino tan sólo exige que dicha circunstancia quede justificada en el correspondiente expediente, si bien parece claro que dicha sustitución se realizará de forma automática en caso de fallecimiento o ser declarado incapaz el solicitante. Junto a estas, consideramos que se producirá la sustitución por otras circunstancias basadas en comportamientos o actitudes del representante o solicitante que manifiesten prodigalidad en la administración del IMS.

<sup>49</sup> Artículo 2 de la Orden de 8 de octubre de 1999 por la que se regula el pago del Ingreso Mínimo de Solidaridad.

## 7.2. Suspensión

El Decreto andaluz no aborda el régimen jurídico de la suspensión del pago de la prestación articulada como medida intermedia a la extinción que trata de mantener la relación de protección<sup>50</sup>. Tan sólo se contempla en la Orden de 8 de octubre de 1999 reguladora del pago, la suspensión cautelar que aunque tiene los mismos efectos, interrupción en el abono de la prestación, se vincula directamente, como estadio previo, a la resolución definitiva (artículo 5). De este modo el incumplimiento de las obligaciones asumidas o la pérdida aunque fuese transitoria de los requisitos de acceso darán lugar a la extinción, lo que evidencia un régimen jurídico inflexible que choca con la pretensión de inserción de los destinatarios, si bien puede quedar justificada en la reducida duración temporal de la prestación que como máximo no podrá ser superior a seis meses<sup>51</sup>.

## 7.3. Extinción

Como mecanismo que trata de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas se regula en el artículo 13 del Decreto 2/1999, las causas de extinción, lo que inevitablemente obliga a la administración a una constante comprobación de los requisitos de acceso a la prestación, sobre todo los de carácter económico. En efecto, el derecho se hace depender del mantenimiento de la carencia de recursos, de ahí que la administración deba realizar un control permanente de la situación patrimonial de los beneficiarios lo que puede generar una fuerte presión a los servicios sociales encargados de gestionar la prestación. En este sentido, la norma señala que las acciones previstas en el Programa se extinguirán ante el “cambio de alguna de las circunstancias que motivaron su concesión, cuando no procediese su modificación” lo que se traduce en un incremento de los ingresos familiares o una disminución del número de miembros de la unidad familiar, siempre que no sea posible la modificación del montante económico de la prestación; También procede la extinción del derecho cuando se verificase por los servicios sociales

<sup>50</sup> Como situación de cese provisional en el abono de la prestación derivada por la pérdida transitoria de los requisitos de acceso o como sanción por determinados incumplimientos de obligaciones asumidas tanto por el solicitante como por otros miembros de la unidad familiar cuyo objetivo es mantener la relación de protección

<sup>51</sup> Monereo Pérez, J.L. Molina Navarrete, C., *El derecho a la Renta de Inserción. Estudio de su régimen jurídico* p. 276 señala que las regulaciones más recientes se muestran más favorables a la suspensión con la pretensión de dotar a la relación de protección de mayor estabilidad y continuidad.

en su labor de seguimiento, el “falseamiento en la declaración de ingresos, o cualquier otra actuación fraudulenta para la concesión o mantenimiento de las acciones.

Junto a las causas de extinción derivadas de la lógica asistencial de este derecho el apartado e) del citado artículo señala la extinción del derecho ante el “incumplimiento de alguna de las obligaciones de los beneficiarios”, debiéndose entender que los servicios sociales deberán controlar el grado de cumplimiento de cada una de las acciones o apoyos adoptados en el compromiso de inserción.

Finalmente junto el transcurso del plazo, consecuencia lógica de cualquier prestación temporal y el fallecimiento del beneficiario en caso de familias unipersonales que actúan de forma automática, hay que el derecho se extingue, dada la descentralización de los programas de garantía de ingresos, por el traslado de la residencia a un municipio fuera de la Comunidad Autónoma.

---

Relaciones colectivas de trabajo



# LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO\*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

*Cátedrático del Derecho del Trabajo  
Consejero Permanente de Estado*

**EXTRACTO**      **Palabras Clave: UE, Libre prestación de servicios, Derecho Colectivo**

El difícil y complejo equilibrio, histórico sin duda, que muestran las normas sobre la libertad económica en la que se basa el sistema y aquellas que garantizan la efectividad de los derechos sociales, tiene un nuevo envite en el ámbito de la Unión Europea como consecuencia de la deriva interpretativa de recientes Sentencias del TJCE como las que representan los casos Viking, Laval y Rüffert. Resoluciones que se insertan en un conjunto normativo y jurisprudencial mucho más amplio y que hacen muy rica en matices la doctrina que puede considerarse actual. El presente trabajo la analiza y la pone en conexión con la necesaria salvaguardia de los derechos fundamentales laborales, en especial, los de naturaleza colectiva, tal como han venido siendo definidos por los respectivos Tribunales Constitucionales de los Estados Miembro. Esa compatibilidad, así como la más que probable respuesta legislativa de compensación que se está generando ya en el mismo ámbito europeo a fin de garantizar la igualdad de trato y de remuneración por un trabajo de igual naturaleza –probablemente, unificando en una cláusula social de Derecho primario las cláusulas sociales de la Directiva Monti y la Directiva sobre servicios-, es por ello su principal aportación.

**ABSTRACT**      **Key Words: EU, Free provision of services, Collective Law**

The difficult and complex historical balance between the regulation of economic freedom on which the system is based and regulation guaranteeing the efficacy of social rights, is once again put to the test in the sphere of the European Union as a result of the interpretation of recent ECJ Sentences in the Viking, Laval and Rüffert cases. These decisions are included in a larger normative and case law body, thus qualifying current doctrine. This work analyses and connects the necessary safeguard of fundamental labour rights, especially those of a collective nature, as defined by the Constitutional Courts of the Member States. This compatibility, together with the compensating legislative response that is already being generated at European level to guarantee equal treatment and pay for identical work –probably by unifying the Monti Directive and the Directive on Services into a single Primary Law social clause– is its main contribution.

\* El presente trabajo se ha realizado a los efectos de su publicación en el libro homenaje al profesor Gonzalo Diéguez Cuervo.

## ÍNDICE

1. IUS LOCI Y DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES
2. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71
3. DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS
4. EL PRECARIO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A ACCIONES COLECTIVAS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS
  - 4.1. La sentencia Viking
  - 4.2. La sentencia Laval
  - 4.3. La sentencia Rüffert
5. LA BÚSQUEDA DE CONCORDANCIA PRÁCTICA ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

### 1. IUS LOCI Y DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES

Tres recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas (TJCE), las Sentencias Viking<sup>1</sup>, Laval<sup>2</sup> y Rüffert<sup>3</sup> han puesto en primer plano las relaciones y el difícil equilibrio entre las libertades de circulación del Tratado CE, en particular la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios (y su secuela de libertad de desplazamiento de trabajadores propios con el mantenimiento del régimen laboral de origen) y los derechos fundamentales sociales de los trabajadores, el derecho de huelga y de otras acciones colectivas y el de negociación colectiva.

En los tres casos latía la cuestión de la ventaja competitiva por el menor coste laboral obtenido a consecuencia del ejercicio empresarial de una libertad fundamental y si esa ventaja (y la consecuente desventaja para los trabajadores afectados) es un bien jurídico protegido por el Derecho comunitario o puede reducirse mediante la acción colectiva de los sindicatos, en defensa de los trabajadores afectados y también de los trabajadores nacionales y para prevenir formas de dumping social. Dos de esos asuntos, Laval y Rüffert tienen su origen en supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores con bajos salarios a los que no se reconocen los niveles de tutela más elevados (entre ellos la retribución garantizada por las leyes o los convenios colectivos del lugar de ejecución de los trabajos)<sup>4</sup>, amparándose en el art. 49 TCE que, según juris-

<sup>1</sup> C-438/05, 11 de diciembre de 2007.

<sup>2</sup> C-341/05, 18 de diciembre de 2007.

<sup>3</sup> C-346/06, 3 de abril de 2008.

<sup>4</sup> Patrono, L. "Il caso Rüffert : la Corte de Giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping social", p. 1.



prudencia reiterada<sup>5</sup>, impide restricciones al prestador transnacional de lo establecido en otro Estado miembro aunque se apliquen indistintamente a los nacionales cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador.

Esa restricción ha afectado también al desplazamiento temporal de trabajadores “propios”, una libertad expresamente regulada en el Tratado sino consecuencia e instrumento para el ejercicio de la libertad fundamental de prestación de servicios<sup>6</sup>. Esa movilidad transnacional de trabajadores “opera un una lógica de integración negativa, dirigida a remover todos los obstáculos que impidan o hagan más difícil el acceso”<sup>7</sup>, entre ellos se han incluido también las condiciones salariales y de trabajo exigibles a los empleadores de los trabajadores desplazados en el país de destino.

El empresario que desplaza temporalmente trabajadores para prestar un servicio transnacional puede “exportar” a trabajadores propios que estén sometidos a la regulación laboral de origen y a las consiguientes condiciones salariales y de trabajo<sup>8</sup>. Para el Derecho comunitario, los trabajadores desplazados no serían sujetos económicos que ejerzan una libertad de circulación propia (ni se benefician, por ello, de la igualdad de trato), sino “objetos” instrumentales para la prestación del servicio y que las empresas tienen el derecho a

<sup>5</sup> La jurisprudencia ya había estimado que ese precepto, y la consiguiente la libertad de prestación de servicios, puede ser invocado directamente por los empresarios, también ante personas privadas, incluidos los sindicatos, para poder aportar su propio personal al territorio de otro Estado (Sentencia Rush Portuguesa, C-113/89), con vistas a permitir la entrada de esos trabajadores en un supuesto en el que todavía no regía para Portugal la libre circulación de trabajadores del art. 39 (ni, consecuentemente, la exigencia de igualdad de trato con los nacionales). Cfr. Lo Faro, A. LD, 1/2008. “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, p. 71. Sobre la Sentencia Rush Portuguesa vid., por todos, Casas baamonde, M.E. “Desplazamiento temporal de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en “El espacio social europeo”, Valladolid, 1991, p. 90 y ss.

<sup>6</sup> Vid. Gutiérrez solar, B., “El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea”, Pamplona, 2000, p. 112 y ss.

<sup>7</sup> BANO, F. “La circolazione comunitaria di servizi labour intensive”, LD, 1/2008, p. 28.

<sup>8</sup> El lugar habitual de ejecución del trabajo prevalece sobre el lugar de prestación ocasional o transitorio, que, en general, no implica un criterio que suponga “lazos más estrechos” aplicable como alternativa a la sede del establecimiento, en caso de que el trabajador no realice habitualmente su trabajo en un mismo país. En suma, no se aplica al trabajador desplazado temporalmente la legislación laboral del país de acogida (STJCE de 16 de diciembre de 1981, C-279/80, Webb). Vid. Druesne, G. «Liberté de prestation des services et travailleurs salariés (les arrêts Webb et Seco de la Cour de justice des Communautés européennes)», RTDE, 1982 p.75-81.

desplazar<sup>9</sup>, y que ejecutan un contrato de trabajo “extranjero” en el Estado de acogida<sup>10</sup> a cuya legislación laboral ese contrato no está sometido en principio<sup>11</sup>.

La consecuente convivencia de trabajadores, incluso en el mismo lugar de trabajo, sometidos a distintos regímenes jurídicos nacionales y a desiguales condiciones salariales y de trabajo ha planteado problemas y tensiones, a los que no han podido ser ajenos las organizaciones sindicales del Estado de acogida como había reflejado una jurisprudencia comunitaria vacilante<sup>12</sup>. Para afrontarlos y crear seguridad jurídica, la Directiva 96/71/CE, de 16 de

<sup>9</sup> La ampliación de las diferencias de costes salariales nacionales tras el alargamiento de la Unión Europea ha facilitado el incremento de la competencia entre empresas en función de los costes laborales en el ejercicio de la libre prestación de servicios que ha facilitado un dumping social en el sentido de una competencia salarial sostenida que implica una “mercantilización” de la fuerza de trabajo desplazada que opera como “factor productivo libre de intercambio sin restricciones” Patroni L. “Il caso Rüffert: la Corte di Giustizia CE fa un altro passo avanti nella “via giudiziaria” al dumping social”, cit., p. 3.

<sup>10</sup> En caso de nuevo contrato en el lugar de prestación de servicios se aplicará, la ley laboral de ese lugar.

<sup>11</sup> Pudiendo producir una «auténtica evicción de la Ley del Estado donde se presta temporalmente el trabajo» (Rodríguez-Piñero Royo, M y Carrascosa González, J. “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Impacto en el sistema jurídico español”, RL 1996, I, p. 335 y ss.). Desde la perspectiva del Derecho comunitario esa diferencia de trato no supone discriminación por razón de la nacionalidad (STJCE de 5 de junio de 1997, asunto C-398/95, Syndesmos). Aunque implique menores costes para sus empleadores y mejoren la situación competitiva de éstas, no está directamente en juego la libertad de concurrencia, ni es contraria al Derecho social comunitario originario o al derivado al (STJCE de 17 de marzo de 1993, C-72 y 73/91, Sloman Neptum). Vid. Lewis X. The Employment of Foreign Seamen on Board Vessels of a Member State, *Industrial Law Journal* 1993 p.235-239.

<sup>12</sup> La conocida Sentencia Rush Portuguesa (C-113/89, de 27 de marzo de 1990, aunque declara aplicable a un desplazamiento temporal de trabajadores el art. 49 TCE y no el art. 39 afirma que el Derecho comunitario no impide la extensión de las leyes laborales o de los convenios colectivos del lugar de prestación de servicios a los trabajadores desplazados, permite, así, aún sin admitir el derecho a la igualdad de trato al Estado de acogida, reconocer derechos en favor de los trabajadores desplazados. Poco tiempo después, la Sentencia Säger (C-76/90, de 25 de julio de 1991), relativa a un problema de propiedad industrial, declaraba que la libre prestación de servicios sólo puede limitarse por regulaciones justificadas por razones de interés general que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza su actividad en el Estado de acogida, y que esas restricciones deben ser adecuadas para conseguir el objetivo y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo. La aplicación de la regla laboral del lugar se concibe así como excepción al Tratado que debe estar justificada. Cfr. Lo Faro, A. “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, cit. p. 73 quien afirma que a partir de esta Sentencia el TJCE no deja de afirmar que las libertades económicas fundamentales no imponen sólo remover obstáculos a su ejercicio sino eliminar toda restricción, aún aplicada indistintamente a los nacionales, que pueda impedir u obstaculizar de alguna manera al prestador transnacional de servicios.

diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios<sup>13</sup> se ocupa de las consecuencias laborales del desplazamiento, asegura la continuidad del régimen jurídico laboral de origen y la consiguiente “inmunidad” de los contratos de trabajo de los desplazados frente al régimen laboral del Estado de acogida, salvo una aplicación parcial y limitada de ciertas reglas laborales del ordenamiento del Estado del lugar de prestación de trabajo, al que obliga a establecer “un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima” que habrán de respetar quienes desplacen temporalmente trabajadores al territorio de ese Estado miembro, además y junto a los derechos resultantes de la ley aplicable al contrato de trabajo<sup>14</sup>, sin imponer ni admitir la igualdad de tratamiento con los nacionales del país de acogida considerada un obstáculo o límite al ejercicio de la libertad fundamental de prestación transnacional de servicios. Esas condiciones mínimas salariales y de trabajo que moderan la regla de extraterritorialidad del contrato y constituyen el núcleo duro de lo más esencial de las condiciones individuales de trabajo<sup>15</sup> se establecen de forma exhaustiva<sup>16</sup> en el art. 3.1.1 de

<sup>13</sup> No es una directiva “social” sino “económica”. Su finalidad primordial es la de asegurar la libertad de prestación de servicios eliminando obstáculos y evitar distorsiones en la competencia, pero también defender los derechos e intereses de los trabajadores desplazados asegurándoles en el Estado de acogida una tutela de mínimos, como carga adicional a soportar por la suministradora transnacional de servicios que desplace sus trabajadores. El doble alma de la Directiva promueve la libertad de desplazamiento temporal de trabajadores por las empresas pero corrige algunos de sus efectos. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “El desplazamiento temporal de los trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, RL, 23, 1999. Casas baamonde, M.E. “Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el espacio económico europeo”, Cuadernos Cívitas, Madrid, 2001; Palao moreno, G. Directiva 93/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, REDI, XLIX, (1997), I, p. 370 y ss.

<sup>14</sup> Ponen en relación el sometimiento de la ley del país de origen con el principio de mutuo reconocimiento, GRAS R. “Mutual Recognition and country of Origin in the Case Law off ECJ, en “Freedom of Services in the European Union, BCLR, 58, 2006, p. 37 y ss y Neal A. “The Country of Origin Principle and Labour Law in the Framework of the European Social Model”, ibid. p. 51 y ss.

<sup>15</sup> La Directiva 96/71, ha ampliado, completado y corregido el art. 6 del Convenio de Roma al establecer, sobre la regla general, en lo demás subsistente, una norma especial de conflicto prevalente, el *locus laboris* temporal, nuevo punto de conexión para la aplicación de ciertas normas materiales imperativas. Ello implica un posible fraccionamiento del tratamiento jurídico de la relación laboral del trabajador desplazado como cláusula de garantía a su favor. Cfr. Rodríguez-Piñero Royo, M. “La Ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”, en Casas Baamonde, M. E. y Del Rey Guanter, S. “Desplazamiento de trabajadores y prestación de servicios transnacionales”, Madrid, 2002, p. 356 y ss.

<sup>16</sup> Sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04).

la Directiva, la cual en su artículo 3, 10 permite al Estado de forma condicionada imponer otras condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el art. 3.1.1 en la medida de que se traten de disposiciones de orden público y con respeto del Derecho comunitario y, en particular, del art. 49 C.E.<sup>17</sup>.

## 2. LA PUESTA EN PRÁCTICA DE LA DIRECTIVA 96/71

La Directiva refleja un compromiso y un delicado equilibrio; ello explica los numerosos problemas que ha generado su transposición y su aplicación judicial. En diversas Sentencias<sup>18</sup> el TJCE ha tenido ocasión que Interpretar el alcance de la Directiva 96/71 decidir la compatibilidad con ella (y con el art. 49 TCE) de normas laborales del Estado de acogida aplicadas a los trabajadores desplazados.

De esa jurisprudencia se deduce que las normas laborales nacionales no deben establecer impedimentos injustificados a esa libertad<sup>19</sup> y que han de ser adecuadas para su finalidad y responder una razón imperiosa de interés general sin ir más allá de lo necesario para alcanzarla, aunque la protección de los trabajadores desplazados pueda ser una razón imperiosa para limitar aquella libertad<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Que impide restricciones que obstaculicen la libertad de prestación de servicios, como sería imponer gastos adicionales o incrementar cargas administrativas o financieras Sentencia de 12 de octubre de 2004, C-60/03, Wolff & Müller. Sobre la relación de éste límite con los principios de mutuo reconocimiento y la regla del país de origen en el perjuicio de la "home state rule", vid. Graham, R. "Mutual Recognition and Country of Origin in the Case Law of tje ECJ, en BCLR, 58, 2006, pág. 37 y ss.

<sup>18</sup> Sentencias C-372/04 16 de mayo de 2006, Watts; C-60/03, de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller; C-8/02, de 18 de marzo de 2004, Leichtle; C-164/99, de 24 de enero de 2002, Portugaia Construcoes; C-49/98, de 25 de octubre de 2001, Finalarte; C-165/98, de 15 de marzo de 2001, Guillaume y otros; C-369/96, de 23 de noviembre de 1999, Arblade). Vid. sobre las mismas, por todos, Davies, P. "The Posted Workers Directive and the EC Treaty", cit. pag. 298-306.

<sup>19</sup> "En cuanto las libertades económicas son afirmadas (e, incluso, solicitadas) en el ordenamiento europeo, hacen de límites externos a los derechos sociales", Caruso, B. "La integración de los derechos sociales en el espacio supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking", RL, 15-16, 2008, p. 46.

<sup>20</sup> Sentencia C-113/89, de 27 de marzo de 1990, Rush Portuguesa. Con posterioridad la Sentencia Wolff & Müller (C-60/03, de 18 de marzo de 2004) ha considerado razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción de la libre prestación de servicios, evitar la competencia desleal de empresas que retribuyan a sus trabajadores a un nivel inferior al correspondiente al salario mínimo, y ha declarado, que no existe una contradicción entre los objetivos de mantener la competencia leal y de garantizar la protección de los trabajadores, que pueden (y deben) ser perseguidos simultáneamente. Vid. Giesen, R. "Posting social protection of workers vs. fundamental freedoms?", Common Market Law Review 40,2003,p. 143-158.

Se había admitido, aunque en relación a la libre competencia, la obligación del prestador de servicios de pagar a sus trabajadores desplazados el salario mínimo establecido en un convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad desarrollada en el Estado miembro de acogida. La Sentencia Arblade<sup>21</sup>, ha afirmado que, “debe recordarse que el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, relativos a los salarios mínimos, a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, aunque sea de carácter temporal, en su territorio, con independencia de cuál sea el país de establecimiento del empresario, y que el Derecho comunitario no prohíbe tampoco a los Estados miembros imponer el cumplimiento de dichas normas por medios adecuados al efecto”<sup>22</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido reiterada, en términos similares, en la sentencia Guillaume<sup>23</sup>, aunque, esta sentencia, al igual que la posterior sentencia Portuguesa Construcões<sup>24</sup>, establece un significativo condicionamiento: que la aplicación a la empresa que se desplaza de una normativa nacional que sobre salario mínimo, sea necesaria y proporcionada para garantizar la protección de los trabajadores afectados, y encomienda a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si la normativa, garantiza de manera objetiva, la protección de los trabajadores desplazados. Distingue, así, medidas nacionales lícitas dirigidas efectivamente a proteger a los trabajadores desplazados y las medidas nacionales comunitariamente ilícitas con una finalidad económica de protección de las empresas nacionales que no puede justificar una limitación de la libre prestación de servicios<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> C-365/96 y C-376/96.

<sup>22</sup> Esta Sentencia añade que las disposiciones de la legislación o los convenios colectivos que garantizan un salario mínimo pueden aplicarse, en principio, a los empresarios que presten servicios en el territorio de ese Estado, cualquiera que sea su país de establecimiento y declara que los arts. 49 y 50 del Tratado CE no se oponen a que un Estado miembro obligue a una empresa establecida en otro Estado miembro y que realice temporalmente obras en el primer Estado a pagar a sus trabajadores desplazados el salario mínimo fijado por el convenio colectivo de trabajo aplicable en el primer Estado miembro. Según el TJCE, la calificación de disposiciones nacionales de leyes de policía y de seguridad por un Estado miembro se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él.

<sup>23</sup> C-165/98. Vid. Quiñones Escámez, A “Otra lectura de la jurisprudencia del TCJE sobre desplazamiento de trabajadores,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002 p.435-453.

<sup>24</sup> C-164/99. Cfr. Rodiere, P. “Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003 p. 529-552.

<sup>25</sup> Sentencia Finalarte C-49/98.

La Sentencia Comisión/Alemania<sup>26</sup> había admitido la “prevención del dumping social”, como justificación de medidas nacionales de extensión de la normativa estatal o convencional sobre los salarios mínimos a todo trabajador que preste su trabajo en su territorio, aunque sea de forma temporal, al entender que dado que la Directiva 96/71 no ha tratado de armonizar el contenido de las disposiciones imperativas de protección mínimas, ese contenido puede ser libremente definido por los Estados, aunque respetando el Tratado y los principios generales del Derecho Comunitario, lo que se correspondería con el objetivo de esa Directiva, el establecimiento de una regulación “social” al servicio de la actividad económica transfronteriza, en interés de los empresarios y los trabajadores.

Los Estados tendrían así espacios de discrecionalidad, no solo en la determinación del contenido del núcleo de normas mínimas en desarrollo del art. 3, sino también en la ampliación más allá de ese núcleo de otras normas “inderogables”, como orden público social impuestos a los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados, también para salvaguardar valores propios de la tutela del trabajo y objetivos de política social, lo que podría servir también para reducir abusos de la libertad de prestación de servicios con fines de dumping social<sup>27</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria posterior ha interpretado de forma restrictiva y como reserva auténtica de orden público, la posible extensión más allá de las materias relativas al núcleo de condiciones mínimas de normas del Estado de acogida que se imponen a las empresas que desplazan trabajadores y se garantizan a éstos. Pero ello ha afectado no sólo al Estado de acogida sino a las organizaciones sindicales implantadas en él, afectando al derecho de acción sindical, puesto en relación dialéctica con la libertad de prestación de servicios.

### 3. DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS COMUNITARIAS

La relación y posible colisión entre los derechos fundamentales de la persona y las libertades fundamentales comunitarias no es nueva. Se había planteado inicialmente, en materia de libre circulación de trabajadores, con vistas a proteger esa libertad, además los derechos de la persona, también en relación con la libre circulación de mercancías y, asimismo respecto a la

<sup>26</sup> 19 de enero de 2006 (C-244/04).

<sup>27</sup> Cfr. Barnard, C. “Social dumping ad race to the bottom; some lessons for the European Union from Delaware”, *European L. Review*, 2000, 25 (1), p. 57-78.

libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, libertades afectadas en los ya citados casos Viking, Laval y Rüffert. En estos casos, sobre todo en los dos primeros, el enjuiciamiento de la disposición que trataba de imponerse en el Estado de acogida a los trabajadores desplazados, no se ha referido, como hasta ahora, a una normativa estatal; el Tribunal ha tenido que ponderar de forma directa las libertades comunitarias fundamentales de establecimiento y de libre prestación de servicios con los derechos de huelga y de negociación colectiva<sup>28</sup>. No se ha tratado de la “legalidad comunitaria” de normas estatales, sino de un enjuiciamiento del derecho a emprender acciones colectivas y del derecho de negociación colectiva, lo que le ha dado especial importancia y trascendencia pública a estas Sentencias.

En el asunto Schmidberger<sup>29</sup>, donde se cuestionaba si se había lesionado la libertad de circulación de mercancías al no haber impedido un Estado una concentración con fines ambientales, que había producido un bloqueo temporal de una autopista, el TJCE invocó su reiterada jurisprudencia de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, revistiendo un significado particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de lo que deduce que no pueden admitirse medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos, interés legítimo “que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías”.

Se habría de conciliar la exigencia de protección de los derechos fundamentales con una libertad consagrada en el Tratado y de qué manera aquellos pueden restringir a ésta segundas, una cuestión de límites y contralímites en cuanto que los derechos fundamentales( en el caso la libertad de expresión y de reunión) no son prerrogativas absolutas y pueden restringirse por objetivos de interés general siempre que no sea una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos. A su vez, la libre circulación de mercancías también puede ser objeto de restricciones por exigencias imperativas de interés general.

Ello obliga a establecer un equilibrio entre el derecho fundamental y la libertad económica, para trazar sus respectivos límites, o, en palabras del TJCE, para “ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre

<sup>28</sup> Guamán Hernández, A. “De nuevo sobre la ley aplicable en los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores: el caso Laval”, RL, 15-16, 2008, p. 59.

<sup>29</sup> Sentencia de 2 de junio de 2003, C-112/00.

dichos intereses”. Se reconoce una amplia facultad de apreciación a los Estados, pero las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios han de ser proporcionadas a la finalidad legítima de proteger los derechos fundamentales. En *Schmidberger* se colocan en un plano de igualdad el derecho fundamental y la libertad comunitaria, sin sacrificar ninguno de ellos; se busca su concordancia práctica un método bien conocido por la jurisprudencia constitucional y la del TEDH.

Poco tiempo después, la Sentencia Omega<sup>30</sup> declara que una medida no menoscaba “de manera injustificada la libre prestación de servicios, puesto que, por una parte, la protección de los derechos fundamentales, al tratar innegablemente el ordenamiento jurídico comunitario de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho, constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre prestación de servicios y, por otra parte, la medida controvertida corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trata y no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido”.

Confiar al Tribunal de Justicia el tratamiento en negativo de los derechos fundamentales, en aras de la protección de las libertades económicas comunitarias, tenía el riesgo, hecho realidad, de reducir los niveles de tutela de esos derechos en los ordenamientos nacionales y de una pérdida del papel de los Tribunales Constitucionales nacionales, cuya jurisprudencia ha sido y sigue siendo referente necesario para la definición de esos derechos, incluidos los de carácter colectivo.

La posible colisión de los derechos colectivos con la libertad de prestación de servicios se pusieron de relieve en la difícil gestación<sup>31</sup> de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior que ha tratado que el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de las libertades de establecimiento y de la libre prestación de servicios, no opere en perjuicio de los trabajadores<sup>32</sup>. La Directiva 2006/123 declara que

<sup>30</sup> 14 octubre 2004 C-36/02.

<sup>31</sup> Cfr. Cuadra-Salcedo Janini, T. “*Quo vadis, Bolkestein? ¿Armonización o simple desregulación de la prestación de servicios?*,” REDEuropeo, 22, p. 239.

<sup>32</sup> La Directiva no afecta al Derecho del Trabajo tanto a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario, ni afecta a la legislación nacional en materia de Seguridad Social de los Estados miembros. Además prevé que si surgiera un conflicto entre una disposición de la misma y una disposición de la Directiva 96/71/CE, las normas de ésta primarán y se aplicarán a ese sector concreto del desplazamiento de los trabajadores.



la misma no afecta a los derechos de negociar y celebrar convenios colectivos, de huelga y de emprender acciones sindicales, que han de ejercerse de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, con respeto del Derecho comunitario<sup>33</sup>, ni tampoco afecta al respeto de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales, también con respeto del Derecho comunitario<sup>34</sup>.

Con ello se destaca, cómo resulta del Tratado, la competencia estatal para regular los derechos fundamentales y, muy en especial, los derechos colectivos y también para proteger y tutelar esos derechos en cuanto se ejercen en su territorio<sup>35</sup>. Esta reserva del respeto al Derecho Comunitario, no competente para regular esos derechos fundamentales, ha dejado abierto el tema de la incidencia del ejercicio de esos derechos fundamentales, cuya dimensión colectiva no puede desconocerse, en las libertades fundamentales comunitarias, y muy en especial la libre prestación de servicios, en cuanto asegura la “extraterritorialidad” del régimen laboral aplicable al trabajador desplazado, y trata de evitar cargas laborales “adicionales” a las empresas que desplazan a eso trabajadores.

En la primera ocasión que el TJCE ha tenido para referirse conjuntamente a las Directivas 96/71 y 2006/123 ha negado todo valor interpretativo al iter de la Directiva 2006/123 y a sus consideraciones “sociales”<sup>36</sup>. Se ha limitado a aplicar mecánicamente la norma de conflicto establecida en el art. 3, Directiva 96/71, haciendo vana la victoria en la “batalla sindical” para conseguir una revisión del texto originario de la llamada Directiva Bolkestein<sup>37</sup> mediante la introducción de esa reserva a los derechos fundamentales.

<sup>33</sup> Considerando 14.

<sup>34</sup> Considerando 15.

<sup>35</sup> En relación con la libre circulación de mercancías, se había incluido en el artículo 2 del Reglamento CE 2679/98 a petición sindical la llamada cláusula Monti según la cual el Reglamento no afecta al ejercicio los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros, incluido el derecho o la libertad de huelga, y el derecho o libertad de emprender otras acciones contempladas por los sistemas nacionales específicos de relaciones laborales. Esa cláusula ha inspirado la correspondiente regla de la Directiva 2006/123.

<sup>36</sup> El “Estado miembro no puede basarse en el procedimiento legislativo que culminó con la adopción de la Directiva 2006/123 para fundamentar la interpretación que propugna de una disposición de la Directiva 96/71” (Sentencia Ruffert 3 de abril de 2008C-319/06).

<sup>37</sup> Cfr. Llovera Vila, M. “La liberalización de los servicios en el mercado interior, Directiva Bolkestein, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”, Rev. Derecho Social, 36, 2006.

#### 4. EL PRECARIO EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A ACCIONES COLECTIVAS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS

Las Sentencias Viking, Laval y Rüffert se han ocupado la conexión entre la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios con una autotutela sindical anclada en realidades nacionales, y por ello, sobre todo, las dos primeras se han examinado y comentado conjuntamente, porque ambas afectan a la sujeción a las libertades comunitarias económicas de los derechos colectivos, de huelga y de acción colectiva.

Lo hechos examinados, los ordenamientos jurídicos nacionales afectados (en el asunto Viking no se cuestionaba norma estatal alguna, frente al cuestionamiento de leyes nacionales, sueca y alemana respectivamente, en los asuntos Laval y Rüffert), las distintas libertades económicas en juego (sólo en Laval y Rüffert existe desplazamiento de trabajadores afectado por la Directiva 96/71), hace que la doctrina de cada una de esas Sentencias tenga diferencias significativas, que reflejan en parte los distintos enfoques de la cuestión por los respectivos Abogados Generales, lo que aconseja un tratamiento separado de cada una de ellas, sin perjuicio de unas reflexiones finales comunes.

##### 4.1. La Sentencia Viking

La Sentencia Viking ha conocido de la legalidad “comunitaria” de una circular de la ITWF (sindicato internacional de trabajadores del transporte) que prohibía a sus sindicatos miembros concluir un convenio colectivo contra una naviera finlandesa o su filial, que había cambiado de abanderamiento a un transbordador, de finlandés a estonio, para someterse a la legislación laboral de Estonia y reducir consiguientemente los costes salariales así como la ilegalidad de una amenaza de huelga del FSU (sindicato finlandés de marinos) para exigir la aplicación al personal de ese transbordador el convenio colectivo finlandés. Dado que el cambio de pabellón tuvo lugar antes del ingreso de Estonia en la Unión Europea, el TJCE responde a las cuestiones planteadas en cuanto referidas a la interpretación del art. 43 TCE, sobre libertad de establecimiento, y sobre si el mismo excluye de su ámbito de aplicación una medida sindical de conflicto colectivo contra una empresa para conseguir que celebre un convenio colectivo “cuyo contenido puede disuadirla de ejercer la libertad de establecimiento”.

Un primer tema a resolver era el de la vinculabilidad de los sindicatos, en cuanto creadores de normas colectivas, de las prohibiciones establecidas en defensa de las libertades económicas por los arts. 39, 43 y 49 TCE. El TJCE considera que estos preceptos condicionan no sólo la actuación de las autoridades públicas sino también a las normativas reguladoras del trabajo de origen colectivo, celebradas o adoptadas por personas privadas, como los sindicatos,

aunque reconoce que las medidas de conflicto colectivo están incluidas en la autonomía sindical en virtud de la libertad sindical “que le reconoce en particular el Derecho nacional”, e, incluso, que esas medidas reivindicativa pueden ser el “último recurso” para conseguir el convenio colectivo, lo que no obsta para que esas medidas de conflicto colectivo “están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 43 TCE”.

Para el TJCE, sería irrelevante la incompetencia comunitaria para regular el derecho de huelga (art. 137,5 TCE), pues, al regular la huelga, los Estados deben respetar la libertad de establecimiento, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, de modo que el derecho de huelga puede ser sometido a restricciones establecidas por el Derecho comunitario. Recordando jurisprudencia anterior, la Sentencia declara que, aunque la protección de los derechos fundamentales puede justificar una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, el ejercicio del derecho fundamental debe conciliarse con los derechos protegidos por el Tratado de acuerdo al principio de proporcionalidad. En consecuencia, “el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir las medidas de conflicto colectivo controvertidas en el asunto principal del ámbito de aplicación del art. 43 CE”<sup>38</sup>, ni está excluida de ese ámbito de aplicación “una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento”.

De ahí la competencia del TJCE, como garante de las libertades económicas, para enjuiciar la colisión entre las libertades fundamentales económicas del Derecho comunitario y las acciones colectivas de autotutela de los sindicatos y de los trabajadores en ejercicio de derechos constitucionales propios, y para ejercer una criba sobre la “legitimidad comunitaria” de las acciones colectivas de los sindicatos que afecten a esas libertades<sup>39</sup>.

Según el TJCE, el efecto directo *inter privatos* del art. 43 TCE, vincula a los sindicatos y puede ser invocado por las empresas que desplacen trabaja-

<sup>38</sup> Por otro lado, la Sentencia rechaza la aplicación de la jurisprudencia Albani sobre la relación de los convenios colectivos con el derecho de la concurrencia, entendiendo que por su naturaleza y objeto no debían considerarse comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 85.1 TCE. Para el TJCE, esa doctrina no puede extenderse a las libertades fundamentales, sin que pueda considerarse inherente al ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga cierta vulneración de las libertades fundamentales. Además, las disposiciones relativas a la libre circulación de personas o de servicios responden a requisitos de aplicación propios, habiendo ya afirmado el TJCE que las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de personas.

<sup>39</sup> De Salvia, A. “Prime osservazione sulle sentenze della corte di giustizia nei casi Viking e Laval”, ADL, 3, 2008, p. 798.

dores para limitar el ejercicio sindical del derechos fundamental de acción colectiva reconocido por el ordenamiento nacional, pero también por instrumentos internacionales, entre ellos el CEDH. Invocando la Sentencia Defrenne (dictada en relación con el respeto al convenio colectivo de la prohibición de discriminación por género) la Sentencia Viking sostiene que la prohibición de lesionar una libertad fundamental se extiende a los convenios colectivos (dado su objeto de regular de forma colectiva el trabajo), y asimismo, lo que es una novedad, a las medidas de conflicto colectivo con el fin de celebrar un convenio colectivo que afecte a los trabajadores desplazados, “englobando la acción colectiva conflictual en el convenio colectivo”<sup>40</sup>. La jurisprudencia sentada sobre el posible conflicto entre regulaciones privadas y las libertades económicas se ha extendido así, sin los necesarios matices, a conductas, a una acción colectiva de autotutela sindical, en defensa de los intereses que representan<sup>41</sup>.

Las medidas de conflicto colectivo cuestionadas habrían restringido la libertad de establecimiento<sup>42</sup> por su objetivo y por afectar a los trabajadores desplazados el posible convenio colectivo derivado de la medida de conflicto, en cuanto supone cargas para la empresas,<sup>43</sup> hacía menos interesante, o incluso inútil, el ejercicio del derecho de libre establecimiento al impedir a la empresa finlandesa acogerse al mismo trato laboral “low cost” que las demás navieras letonas<sup>44</sup>. La Sentencia reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto

<sup>40</sup> Ballestrero, M. V. “Le Sentenze Viking e Laval: La Corte de Giustizia bilanzia il diritto di sciopero”, LD, 2/2008, pág. 376, la cual critica razonadamente que acción conflictual y negociación son dos aspectos distintos de la actividad sindical que no pueden confundirse, aparte de que en el caso examinado el objetivo de la acción colectiva no era tanto la negociación colectiva sino evitar un cambio artificial de abanderamiento para reducir costes salariales.

<sup>41</sup> Se ha criticado esa asimilación entre normas de naturaleza colectiva y acciones colectivas puntuales (Orlandini, G. “Diritto di sciopero, azioni collective transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovo scenari per il diritto sociale europeo”, en W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona, INT. núm. 45/2006, p. 10.

<sup>42</sup> En la que se ha incluido la posibilidad de cambios de abanderamiento, aunque la misma, como modificación puramente formal, pero con efectos jurídico-laborales importantes, no cumpla las condiciones que generalmente el TJCE exige para reconocer el ejercicio de la libertad de establecimiento, la existencia de instalaciones propias y definitivas en el lugar hacia donde se ejercita la libertad de establecimiento.

<sup>43</sup> Que se trataba de impedir el cambio a una bandera de conveniencia, pues la propietaria del buque es una empresa finlandesa.

<sup>44</sup> No oculta el Tribunal el deterioro de condiciones salariales y de trabajo que supone el cambio de bandera pero lo eleva a una ventaja legítima efecto del ejercicio de la libertad de establecimiento, que merece la tutela del Derecho comunitario, aun en un caso como el analizado en el que el defendido ejercicio de la libertad de establecimiento no tenía otro fin ni consecuencia que la modificación del régimen jurídico laboral aplicable a los trabajadores de la nave, en beneficio de una sociedad continuaba siendo finlandesa y dirigida desde Finlandia.

colectivo<sup>45</sup> puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado así como que la protección de los trabajadores figura entre las razones imperiosas de interés general, pues la Comunidad Europea no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, de modo que deben sopesarse las libertades del Tratado con los objetivos comunitarios de política social, en particular, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una protección social adecuada y el diálogo social.

El TJCE se resiste a afirmar expresamente la necesidad de sopesar esas libertades con el derecho fundamental afectado y se limita a afirmar que las acciones colectivas como restrictivas por sus efectos de la libertad de establecimiento han de perseguir un objetivo legítimo, compatible con el Tratado, responder a razones imperiosas de interés general, y ser adecuadas para el logro de ese objetivo no yendo sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. Pero en la búsqueda de una concordancia práctica entre el derecho fundamental de los sindicatos a adoptar medidas de conflicto, incluida la huelga, y el libre ejercicio de la libertad de establecimiento, la Sentencia Viking utiliza unos criterios de ponderación poco sólidos y poco fundados, aunque no haya tratado de realizar por sí mismo esa ponderación<sup>46</sup> sino sólo ofrecer elementos de juicio al Tribunal *a quo* (por cierto, un Juez británico que no conoce la figura del derecho de huelga), pero esos elementos de juicio son demasiado cerrados y discutibles.

La Sentencia afirma que el juez nacional tendrá que comprobar si la medida de conflicto colectivo adoptada por el sindicato era adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no iba más allá de lo necesario para lograrlo, pero establece un doble requisito para la legitimidad comunitaria de la acción colectiva. Para el TJCE sólo sería relevante para valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida de acción colectiva, el interés colectivo de los trabajadores del buques y no el de los demás trabajadores afectados negativamente por las bajas condiciones de trabajo de los marineros estonios<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> “Las medidas de conflicto colectivo, al igual que las negociaciones colectivas y los convenios colectivos, pueden constituir, según las circunstancias especiales de un asunto, uno de los principales medios de los sindicatos para proteger los intereses de sus miembros (véase TEDH, sentencias Syndicat national de la police belge c. Bélgica, de 27 de octubre de 1975, serie A n°19, y Wilson, National Union of Journalists y otros c. Reino Unido, de 2 de julio de 2002, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 44)”.

<sup>46</sup> Cfr. Landa Zarain, J. P. y Moreno Marcos, M. “Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. p. 15.

<sup>47</sup> En el caso existía un problema de competencia entre las empresas de delegación estonia y finlandesa que es lo que llevó a Viking a la operación del cambio de abanderamiento, pero el Tribunal obvia la otra cara de la moneda, la competencia entre Viking y las demás empresas

Exige, además, que sus empleos o condiciones de trabajo estuvieran “comprometidos o seriamente amenazados” (criterio que puede enlazar con el sentado en la Sentencia Rüffert, relativa a que los trabajadores desplazados no gocen ya protección en la legislación de origen). Asimismo el juez *a quo* deberá comprobar si con arreglo a la legislación nacional, el sindicato “no disponía de otros medios, menos restrictivos de la libertad de establecimiento, para conseguir el éxito de la negociación colectiva desarrollada con Viking y, por otra parte, si este sindicato había agotado estos medios antes de emprender dicha medida”.

Esa idea de la *última ratio*, o, en su caso, la operatividad de los deberes de paz, es materia propia del respectivo ordenamiento nacional al que ha de sujetarse el ejercicio del derecho a la acción colectiva, materia no armonizada ni armonizable, y con diferencias muy sensibles de tratamiento en los sistemas nacionales de relaciones laborales. El TJCE ha impuesto un límite transversal comunitario a toda acción colectiva que afecte a empresarios que ejerzan una libertad económica fundamental, que no haya otra medida menos incisiva para conseguir el resultado e, incluso, que esa medida se haya llevado a cabo y no haya logrado el resultado esperado.

El TJCE ha sido más severo aún en el enjuiciamiento de la adecuación las medidas de conflicto colectivo seguidas por el sindicato internacional para impedir que los armadores matriculen sus buques en un Estado distinto del que son nacionales. Ha afirmado con rotundidad que “las restricciones a la libertad de establecimiento que se derivan de estas medidas no pueden justificarse objetivamente”. Para ello se basa en que, esa política sindical, de reservar el derecho de negociación colectiva a los sindicatos del Estado del que es nacional el propietario del buque, para la protección y la mejora de las condiciones de trabajo de los marinos, adopta acciones con independencia de que el cambio de bandera puede tener consecuencias perjudiciales sobre el empleo o las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados<sup>48</sup>. Sin embargo, no menciona ningún caso en que se haya producido esa acción colectiva con vistas a empeorar las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, y, sobre todo, olvida que la oposición sindical al cambio artificial de abanderamiento de buques, en el que la empresa naviera no tiene relación o vínculo real con el Estado cuya bandera enarbola, tiene como objetivo evitar un pabellón más

---

suecas que no hubieran utilizado esa maniobra para reducir sus costes laborales, y que puede generar un claro peligro de dumping social, obligando a las demás empresas a hacer lo mismo, en perjuicio de los trabajadores suecos afectados por esa medida, ya sea de pérdida de empleo, ya de reducción sensible de sus condiciones salariales y de trabajo.

<sup>48</sup> “Se aplica también cuando el buque está registrado en un Estado que garantice a los trabajadores una mayor protección social que la que tendrían en el primer Estado”.

conveniente, también desde la perspectiva de menos cargas laborales y menos control sindical, política sindical que ha encontrado apoyo en diversas organizaciones internacionales, incluida la OIT. Desde hace más de 50 años, la ITF está promoviendo la exigencia de un nexo genuino entre el país de abanderamiento y la empresa naviera para proteger a los trabajadores del mar en su conjunto.

Para defender la libertad de establecimiento, la jurisprudencia comunitaria parece haber dado carta blanca a una práctica objeto de severas críticas en los medios internacionales, no sólo por la explotación de los marinos afectados, sino también por las distorsiones que plantean en el mercado de transportes las navieras que utilizan bandera de conveniencia, que están produciendo la reducción y separación de flotas nacionales y la eliminación de muy numerosos puestos de trabajo.

#### 4.2. La Sentencia Laval

La Sentencia Laval<sup>49</sup> también ha tenido que pronunciarse sobre la incidencia en una libertad económica del TCE, en este caso la libertad de prestación de servicios, con el ejercicio de adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, en cuanto ese ejercicio incida las condiciones de trabajo de trabajadores desplazados.

El tema estaba afectado por las peculiaridades del sistema sueco de negociación colectiva<sup>50</sup> carente de regulación legal, basado en la autonomía colectiva y de amplio ámbito de eficacia real, sin espacio para medidas estatales “terapéuticas” de declaración de eficacia general del convenio, que sería una

<sup>49</sup> Denominada en el mundo anglosajón y nórdico también como Sentencia Vaxholm. En el caso de origen se había cuestionado la legitimidad en Derecho comunitario de una acción colectiva emprendida por un sindicato sueco frente a una empresa letona para imponerle un convenio colectivo sin eficacia general y unas condiciones salariales y de trabajo más allá del núcleo de condiciones mínimas establecido en la Directiva 96/71, Ante un bloqueo, que la policía no había impedido por considerarlo legal según la legislación sueca (la *Lex Britannia*). Laval había presentado una demanda ante un tribunal laboral sueco para que se declarase ilegal el bloqueo y se condenase al sindicato a resarcir los perjuicios. La cuestión prejudicial se ha centrado en la posible violación del Derecho comunitario por la acción sindical emprendida, y también por la legislación sueca que la autorizaba.

<sup>50</sup> Según S. Sciarra sobre el trasfondo de este caso se sitúa un fuerte contraste entre los dos sistemas nacionales en conflicto el eficiente modelo sueco en el que los convenios colectivos son vinculantes pero no están dotados de eficacia general y el empobrecido modelo de los países de la ampliación (“Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, RL, 15-16, 2008, pág. 17). La patronal sueca al informar de la sentencia Laval afirmó que la misma supone un cuestionamiento y una necesidad de revisión del sistema sueco de relaciones laborales basado desde hace un siglo en la codeterminación y autonomía colectiva.

injerencia estatal intolerable por incompatible con la base voluntarista del sistema.

El TJCE, aunque reconoce las peculiaridades del sistema de relaciones laborales sueco, no las ha tenido en cuenta, más bien lo cuestiona indirectamente, pues “muestra una voluntad de atenuar los efectos cuando tal sistema entra en contacto con potenciales beneficiarios transnacionales de los convenios colectivos como han de considerarse los trabajadores desplazados a Suecia”<sup>51</sup>. En Laval el TJCE reitera lo afirmado una semana antes en Viking, pero llega más lejos también porque se remite al juez a quo para realizar la ponderación entre el derecho fundamental y la libertad de desplazamiento, la realiza por sí mismo<sup>52</sup>, lo que le da un mayor alcance que expresa una voluntad implícita de sentar unas principios generales sobre la cuestión más allá del caso concreto examinado.

En Laval estaba en juego la libertad de prestación de servicios y la Directiva 96/71, al existir un desplazamiento temporal de trabajadores. El TJCE ha examinado la cuestión teniendo en cuenta ambas regulaciones pero predominantemente se ha basado en el art. 49 TCE y de sus exigencias a cuya luz considera que debe interpretarse la Directiva 96/71<sup>53</sup> que establece “en interés de los empresarios y su personal” (sic) las condiciones de trabajo para los trabajadores desplazados temporalmente, estableciendo un núcleo de disposiciones mínimas en el Estado de acogida contempladas en su art. 3.1, que se refiere a salarios mínimos fijados en el ámbito de la construcción por determinadas fuentes, con la posibilidad prevista en el art. 3,8 que Suecia no ha utilizado. Los salarios mínimos en la construcción en Suecia “implican una negociación caso por caso, en el lugar de trabajo”, por lo que no se encuadrarían en el concepto de salario mínimo del art. 3.1.1 C) de la Directiva 96 71 ni podían considerarse dispo-

<sup>51</sup> Sciarra S. “Viking y Laval: huelga, convenio colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, cit., p. 17.

<sup>52</sup> Landa Zarain, J. P. y Moreno Marcos, M. “Una nueva encrucijada del Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de acción sindical con el respeto de las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. pág. 21.

<sup>53</sup> Según la Sentencia, la Directiva tiene por objeto, por un lado, asegurar una competencia leal entre las empresas nacionales y las empresas que realicen una prestación de servicios transnacional en la medida en que obliga a estas últimas a reconocer a sus trabajadores, respecto a una lista limitada de materias, las condiciones de trabajo y empleo fijadas, en el Estado miembro de acogida, y asegurar a los trabajadores desplazados la aplicación de las disposiciones de protección mínimas del Estado miembro de acogida en relación con las condiciones de trabajo y empleo relativas a las materias mencionadas mientras realizan actividades con carácter temporal en el territorio de dicho Estado miembro permitiéndoles disfrutar de mejores condiciones de trabajo y empleo en este último Estado. No contempla el interés de los trabajadores locales a evitar la competencia de otros trabajadores con condiciones salariales y de trabajo inferiores.



ciones imperativas de protección mínima, “comunitariamente” exigibles a las empresas que se desplazan, ni puede invocarse el precepto para obligar a las empresas aceptarlas, ni el Estado está facultado para exigirlo

Siguiendo en el marco de la Directiva, el TJCE se refiere a otras materias a las que pueden referirse las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores desplazados, señalando que ciertas cláusulas del convenio colectivo de la construcción de Suecia difieren de las contempladas en el art. 3.1 de la Directiva, en especial en relación con el tiempo de trabajo, las vacaciones anuales y obligaciones de carácter pecuniario para un Fondo de Pensiones y diversas primas de seguro, y, por ello, van más allá de las disposiciones imperativas de protección mínimas, cuyo respeto puede exigirse a las empresas que desplazan trabajadores, pues, de otro modo, “se privaría de eficacia a la Directiva”. Sin perjuicio de que las empresas de fuera se adhieran voluntariamente en el Estado de acogida a un nivel de protección más favorable para los trabajadores desplazados, o de que, con arreglo al art. 3.10 de la Directiva, los Estados puedan imponer disposiciones de orden público, esas disposiciones no se puedan imponer por la negociación colectiva, al no ser los interlocutores sociales entidades de Derecho público ni puedan invocar ese art. 3.10 para alegar razones de orden público a fin de fundamentar una medida de conflicto colectivo como la controvertida.

La conclusión es radical; la autonomía colectiva no está legitimada para imponer en el Estado de acogida por razones de orden público condiciones de trabajo “adicionales” al núcleo de condiciones mínimas. La Directiva se interpreta como una barrera o frontera para la autonomía colectiva cuando opere o actúe respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados.

Seguidamente, la Sentencia se propone enjuiciar la acción sindical desde el art. 49 TCE. Reitera la aplicación directa del precepto entre sujetos privados, su imposición normativa privadas que regulen colectivamente las prestaciones de servicios<sup>54</sup>, su vinculación a los sindicatos en la contratación colectiva y el que otorga a los empresarios que prestan servicios transnacionales derechos invocables directamente ante los Tribunales nacionales. También en este caso al afirmar que la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión des barreras estatales “pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones” u organizaciones privadas el TJCE ha dado un salto lógico desde una regulación de las

<sup>54</sup> Doctrina sentada para el supuesto muy distinta de reglas establecidas unilateralmente por asociaciones o corporaciones (SSTJCE de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch, 36/74, de 15 de diciembre de 1995, Bosman y otros, C-415/93, y de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99).

prestaciones de servicios, a una regulación de las condiciones de trabajo aplicables a trabajadores implicados en esas prestaciones de servicios, y desde regulaciones a “actos” o conductas. Además olvida que la sujeción a un convenio colectivo que no es de eficacia general es voluntaria, requiere la aceptación o adhesión de la parte empresarial, lo que en el fondo hace que la cuestión no esté tanto en la contratación colectiva sino en la legitimidad de medidas de presión colectiva con vistas a lograr un acuerdo colectivo con el empresario.

El TJCE reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general<sup>55</sup> que puede justificar, en principio, una restricción a una de las libertades fundamentales pero que el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no impide que el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto<sup>56</sup> genere una restricción a la libre prestación de servicios del artículo 49 TCE si son adoptadas contra una empresa establecida en otro Estado miembro que desplace a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional y hacen menos interesante, e, incluso, más difícil, para dichas empresas la ejecución de obras de construcción en el territorio sueco por ello.

De nuevo el TJCE ha reconocido los fines sociales de la Comunidad Europea e insiste en la necesidad de conciliar el derecho a la libre circulación de servicios con los objetivos comunitarios de política social, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, sin embargo para él esa conciliación exigirá tan sólo que las acciones colectivas en cuanto impliquen restricción de libertad de prestación de servicios deben estar justificadas por su idoneidad, finalidad y

<sup>55</sup> El Tribunal se remite a las sentencias *Arblade* y otros, apartado 36; *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, apartado 27; de 25 de octubre de 2001, *Finalarte* y otros, C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, y *ITWF y FSU*, C-438/05, apartado 77). Vid. *Lhernoull*, A. “Les salariés détachés ont ils droit au salaire minimal garanti dans l’Etat d’accueil?”, *Revue de jurisprudence sociale*, 2001, p. 487 y ss.; *Mayr*, K. “Grenznahe Unternehmen un fejn Mindestlohn bei Entesendung, Socialdumping?”, *European Law Reporting*, 2001, p. 134 y ss.; *Quiñones Escámez*, A. “Libre prestación de servicios y normas de policía sobre salario mínimo ¿es oportuno el control de proporcionalidad?”, *La Ley*, 2002; *Valverde Asencio*, A. “Cuánta mínima del salario”, en *Casas Baamonde*, M.E. y *Del Rey Guanter*, S. “Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales”, Madrid, 2002, p. 112 y ss.

<sup>56</sup> Mediante las cuales, destaca el TJCE, esas empresas de fuera puedan verse obligadas a adherirse a un convenio colectivo de la construcción que tiene cláusulas que difieren de las disposiciones legales y establecen condiciones de trabajo y empleo más favorables en materias contempladas en el art. 3,1 de la Directiva 96/71 y otras cláusulas que se refieren a materias no previstas en ese precepto, y a negociar por tiempo indeterminado con las organizaciones sindicales en el lugar de ejecución de la prestación de servicios.

proporcionalidad<sup>57</sup>. No realiza una verdadera acomodación entre los derechos, estableciendo límites en cada uno de ellos para que pueda operar el otro, más bien somete el derecho fundamental de acción sindical a las exigencias de una libertad económica, para la que no deviene límite externo el derecho fundamental.

El Tribunal, en una discutible ponderación de los bienes en presencia<sup>58</sup>, niega la legitimidad de las medidas de conflicto colectivo adoptadas, y lo hace mediante una sorprendente inversión de planos; no interpreta, como ha hecho antes, la Directiva a la luz del art. 49 TCE, sino que dilucida el alcance de ésta libertad fundamental a la luz de la Directiva, en un momento en el que la igualdad de trato trata de imponerse con carácter general en la nueva Directiva sobre las ETT, también afectada por la libertad de circulación. La única consideración que hace es que las obligaciones contenidas en el convenio colectivo iban más allá del mínimo de protección de los trabajadores definido en la Directiva, y que la exigencia de negociar los salarios en el lugar de trabajo eran demasiado onerosa e incierta, crítica y rechazo del sistema descentralizado sueco de fijación de los salarios<sup>59</sup>, que algunos documentos comunitarios habían puesto como ejemplo de flexibilidad salarial.

En la Sentencia Laval la legitimidad del objetivo perseguido por la acción colectiva de los sindicatos parece referirse, ante todo, a la protección de los trabajadores desplazados en el marco de la prestación de servicios transnacional, excluyendo de legitimidad la defensa sindical del sistema sueco de contratación colectiva, la protección de los trabajadores nacionales a los que puede perjudicar los muy bajos salarios de los trabajadores desplazados, y, más genéricamente, la prevención del dumping social.

Lo que parece deducirse de la Sentencia Laval es que los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados serían “inmunes” a la acción colectiva de los sindicatos del lugar de prestación de servicios, aunque no necesariamente

<sup>57</sup> “Una restricción a dicha libertad sólo puede admitirse cuando persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general, si bien, en tal caso, debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no ir más de lo necesario para lograrlo”.

<sup>58</sup> Cfr. Caruso, B. “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, RL. 15-16, p. 49 y ss.

<sup>59</sup> S. Sciarra, señala que el TJCE ha destacado la inadecuación del sistema contractual sueco, que crea una incertidumbre sobre la negociación salarial y su resultado, pero sin subrayar la incierta coordinación desarrollada por la Oficina Nacional (art. 4) obligada a suministrar informaciones que faciliten la movilidad transfronteriza de los servicios y que aclare las tutelas que deben ser garantizadas a los trabajadores desplazados Sentencia Comisión/Luxemburgo, de 21 de octubre de 2004 C-445/03 (“Viking y Laval: Huelga, Convenio Colectivo y libertades fundamentales en el Mercado Europeo”, cit. p. 22).

de la contratación colectiva, pero “totalmente” voluntaria sin que le pueda ser “impuesta” a través de medidas de conflicto colectivo. “Comunitariamente” esta voluntad estaría “viciada” por la presión de la acción colectiva, con ello se niega toda la lógica del sistema de relaciones laborales y el papel de las medidas de conflicto y se vuelve cien años atrás al rechazo de la huelga como “restraint of trade”.

Por último, la Sentencia Laval examina la compatibilidad con el Derecho comunitario de la llamada *Lex Britannia sueca*<sup>60</sup>. Para el Tribunal, esa Ley, en cuanto no tiene en cuenta los convenios colectivos a los que ya están vinculadas las empresas que desplazan trabajadores, crea una discriminación al aplicarles el mismo trato que a las empresas nacionales que no han celebrado convenio colectivo alguno<sup>61</sup>. La intención de la norma sueca que en Suecia los trabajadores que se desplacen gocen de las mismas retribuciones y condiciones de empleo que las aplicadas normalmente en Suecia, con igualdad de condiciones entre los empresarios no constituye una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública, y genera una discriminación injustificada que contradice el art. 49 TCE.

Se cierra así cualquier resquicio a la inmunidad de los empresarios que desplazan trabajadores frente a una acción sindical que vaya más allá de las exigencias mínimas establecidas en el art. 3 de la Directiva 71/96. Sin embargo, para la legislación estatal quedaría el resquicio de la reserva de orden público del art. 3.10 de la misma, que poco más tarde el propio TJCE tratará de cerrar.

<sup>60</sup> Según la cual el deber de paz legal no se aplica a medidas relacionadas con condiciones de trabajo y empleo nacionales, de modo que una empresa que desplaza a trabajadores en el marco de una prestación de servicios y esté vinculada por un convenio colectivo sujeto al derecho de otro Estado miembro, no puede invocar tal previsión ni el consiguiente deber de paz frente a los sindicatos, equiparando así al empresario nacional sin convenio colectivo, con el empresario de otro Estado miembro vinculado por un convenio colectivo propio, para combatir el dumping social y permitir a los sindicatos lograr que se apliquen los salarios y condiciones de trabajo a los trabajadores afectados.

<sup>61</sup> Sin afirmarlo explícitamente, el TJCE está evitando, también, la duplicidad o solapamiento de protecciones, mediante la exigencia de que el que interés tutelado por la norma cuestionada no esté ya salvaguardado por las normas laborales a las que está sujeto el trabajador desplazado, sobreentendiendo que el convenio colectivo de origen aplicable a los trabajadores desplazados ya los protege suficientemente. Según la Sentencia Comisión/Luxemburgo, de 21 de octubre de 2004 (C-445/03), la extensión de la legislación, o los convenios colectivos cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, “está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que se halla establecido”.

### 4.3. La sentencia Rüffert

La sentencia Rüffert ha dado un nuevo e importante paso en la determinación de la relación de la libertad de prestación de servicios y la Directiva 96/71 con el derecho fundamental de emprender acciones de autotutela sindical en protección de los trabajadores afectados por el ejercicio de esa libertad y para la consecuente prevención del dumping social. Se trata del enjuiciamiento de una legislación nacional que permite adjudicar contratos de obras y de transporte público de cercanías a empresas que abonen a sus trabajadores los salarios fijados en los convenios colectivos vigentes en el lugar de ejecución de la prestación de servicios, obligando contractualmente a los adjudicatarios, y a sus subcontratistas, a abonar a los trabajadores desplazados, como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la actividad, aunque, como ocurría en el caso, no hubiera sido declarado de eficacia general<sup>62</sup>.

La cuestión prejudicial se refería tanto al alcance de la interpretación de la Directiva 96/71 como de la libertad de prestación de servicios, al suscitar si la misma podía limitarse, mediante una protección nacional reforzada, por imperativos ligados a la protección de los trabajadores desplazados y a la prevención del dumping social a favor de las empresas y de los trabajadores nacionales, más allá de los límites propios de la competencia desleal<sup>63</sup>.

El TJCE, en línea con otros casos precedentes<sup>64</sup>, ha interpretado y aplicado 96/71, y en particular si la imposición legal de un salario mínimo se refiere a

<sup>62</sup> En el caso una contratista asumió en Alemania el compromiso exigido por la Ley de un Land, pero uno de sus subcontratistas, una empresa polaca, que desplazó a sus propios trabajadores polacos, les abonó los salarios de origen, notablemente inferiores, menos de la mitad de los mínimos convencionales exigidos por la legislación alemana, lo que dio lugar a que el Land resolviera el contrato por incumplimiento, y, además, demandaron a la adjudicataria el resarcimiento de daños. En ese proceso el Oberlandesgericht Celle ha planteado ante el Tribunal de Justicia su duda sobre si la Ley del Land es compatible con la libertad de prestación de servicios del artículo 49 CE, al privar a las empresas de la ventaja competitiva de sus costes salariales más bajos, creando un obstáculo para el acceso al mercado de las personas físicas y jurídicas procedentes de otros Estados miembros, sin que la obligación de respetar los convenios colectivos locales estuviese justificada por razones imperiosas de interés general, sino un objetivo económico, la protección de las constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros. Más en extenso sobre esta Sentencia, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. "El Caso Rüffert, ¿una constitucionalización del dumping social?", RL, 15-16, pag. 83 y ss.

<sup>63</sup> Sin embargo en el proceso la Comisión ha examinado la cuestión partiendo del art. 3 de la Directiva 96/71 y su referencia a los convenios colectivos declarados de eficacia general, Apartado incompatible imponer un nivel salarial previsto en un convenio colectivo no declarado de eficacia general, al no existir un interés general imperioso el exigir en el caso de contratos públicos condiciones salariales más rigurosas a los trabajadores desplazados.

<sup>64</sup> Sentencias de 12 de octubre de 2004, Wolff & Müller, C-60/03, apartado 27, y de 29 de enero de 2008, Promusicae, C-275/06, apartado 42.

un salario fijado según los mecanismos previstos en el art. 3 de la Directiva 96/71, al tratarse de un desplazamiento temporal de trabajadores el marco de una prestación de servicios transnacional<sup>65</sup>, aunque la Sentencia hace también referencia adicional confirmatoria del art. 49 TCE<sup>66</sup>.

Según la Sentencia Rüffert el salario mínimo que impone la Ley del Land no derivaba de una disposición legal, a los efectos del art. 3.1.1 c) de esa Directiva, pues esa ley no fija cuantía mínima alguna, y el convenio colectivo local no era un convenio colectivo de eficacia general en el sentido del mismo precepto, ni tiene efecto general en todas las empresas similares del sector en el ámbito de aplicación territorial pues solo se impone a los contratos públicos. Por ello, los Estados miembros no pueden imponer esos salarios de convenios de eficacia limitada en relación con una prestación de servicios transnacional<sup>67</sup>, no siendo inaplicable el principio de favor establecido en el art. 3.7 de la Directiva 96/71 en ventaja de los trabajadores desplazados, o para mantener sus condiciones más favorables de origen.

Para el TJCE, la Directiva encomienda al Estado de acogida establecer un cierto grado de protección a favor de los trabajadores desplazados, pero dentro de unos límites estricto que, de sobrepasarse, privarían de eficacia a la Directiva. Se sigue así la línea de la Sentencia Laval de una interpretación rigurosa del margen de disponibilidad del Estado miembro de acogida, evitando la imposición de “protecciones reforzadas” convirtiendo así “la norma comunitaria en un techo” y vaciando de contenido la posibilidad en el Estado de acogida de mejorar, más allá del mínimo previsto en la Directiva 96/71, las condiciones de trabajo de los desplazados<sup>68</sup>.

Aceptada la una infracción de la Directiva, el TJCE responde de forma más directa al planteamiento por órgano *a quo* de la cuestión prejudicial referida al

<sup>65</sup> Para el TJCE resultaba indiferente, por ser una situación comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, que el objeto de la normativa alemana no fuera regular el desplazamiento de los trabajadores. Sin embargo, destaca que la AEntG, la norma que traspone al ordenamiento jurídico alemán a la Directiva 96/71, ya regula la cuestión en cuanto extiende la aplicación de las disposiciones relativas a los salarios mínimos de los convenios colectivos que se declaren de aplicación general en Alemania a los empresarios establecidos en otro Estado miembro que desplacen a sus trabajadores a Alemania.

<sup>66</sup> La compatibilidad con el Derecho comunitario de la medida nacional podría analizarse únicamente desde la Directiva 96/71, o desde el art. 49 CE. Si la regulación nacional controvertida infringía la Directiva, se descartaría la aplicación directa del Tratado, aunque, al ser éste su base jurídica, la infracción de la Directiva implicaría a la vez la del Tratado. Si esa infracción no fuera de un aspecto concreto de la Directiva, sino directamente del Tratado, el examen habría de realizarse desde el propio tratado. Cfr. Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo, en el asunto Comisión/Alemania (sentencia de 18 de julio de 2007, C-490/04), apartado 28.

<sup>67</sup> Cita precisamente, los Apartados 70 y 71 de la Sentencia Laval.

<sup>68</sup> Así, Guamán Hernández, A. “Desplazamiento temporal de trabajadores y convenios colectivos: el caso Rüffert”, cit. p. 17.

art. 49 CE, y afirma que “el objetivo de dicha Directiva consiste, en particular, en la consecución de la libre prestación de servicios, la cual es una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado” olvidando el doble alma de la Directiva, que, en su origen y en sus propios considerandos, hace referencia a la protección de los trabajadores desplazados<sup>69</sup>.

Obligar al contratista “desplazador” a abonar unos salarios superiores a los del país de establecimiento, le impone una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo que puede constituir una restricción de la operatividad del artículo 49 CE.

Como en toda restricción, debe examinarse si la medida persigue un interés general de tutela si contribuye de manera significativa a ella, si es una medida proporcionada, y no existe una medida menos lesiva de la libertad de prestación de servicios<sup>70</sup> no implica una duplicación de tutelas. El TJCE considera que la medida no puede “estar justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores”, y parece estar refiriéndose sólo a los trabajadores desplazados e, implícitamente, a evitar la duplicación de tutelas. Con ello, parece entenderse que la legislación controvertida de contratación administrativa tenía una finalidad económica de protección de las empresas contratistas alemanas, lo que resultaría para el TJCE que la normativa se aplica únicamente a los contratos públicos, y no se aplica a los trabajadores desplazados en contratos privados. El que el

<sup>69</sup> La promoción de la prestación transnacional de servicios “requiere un clima de concurrencia leal y medidas que garantizan el respeto de los derechos de los trabajadores”. Cfr. Cremers, J. Dølvik, J. E. and Bosch, G., “Posting of Workers in the Single Market: Attempts to Prevent Social Dumping and Regime Competition in the EU”. *Industrial Relations Journal*, Vol. 38, 6, pp. 524-541, Nov. 2007, quienes recuerdan que la Directiva era una parte integral del Programa de Acción de la Comisión vinculado a la Carta Comunitaria de derechos fundamentales de los trabajadores y pretendía establecer un marco legal para las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente a otro Estado miembro. Según Landa Zapirain y Moreno Marcos, se ha invertido el equilibrio entre libertades económicas y derechos fundamentales, entre los objetivos de política social y económica, sin que pueda ya confiarse al activismo inicial del actual Tribunal porque su composición se ha desplazado hacia un pensamiento y una cultura renovadamente liberal de los países del Este, que no han dispuesto de la experiencia histórica suficiente para calcular sus costes sociales (“Una nueva encrucijada para el Derecho Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario”, cit. p. 36). La propia Comisión, en su Comunicación sobre “Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios” (SEC 2006 439), ha afirmado que “la Directiva tiene una clara finalidad social: garantizar a los trabajadores desplazados que, durante el período de desplazamiento, su empleador cumplirá determinadas normas protectoras del Estado miembro en el que se hallan”.

<sup>70</sup> Cfr. Giubboni, S. y Orlandini, G. “La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea”, Bolonia, 2007, p. 101 y ss.

salario del convenio se imponga al trabajador desplazado en el marco de un contrato público de obra, lleva a considerar que la norma no persigue realmente la protección de (todos) los trabajadores<sup>71</sup>. Por ello el Tribunal declara que la Directiva 96/71, interpretada a la luz del artículo 49 CE, se opone una medida legal que exija a la entidad adjudicadora de un contrato público de obras que se comprometan a pagar a sus trabajadores, como mínimo la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en lugar de la referida ejecución.

La Sentencia Rüffert rechaza así las exigencias sociales específicas en la contratación pública y la tendencia internacional a asegurar que se perciban los mismos salarios en los contratos públicos que en los contratos privados<sup>72</sup>: Lee esas exigencias en sentido inverso, como si fueran privilegios en la contratación pública, que no se establecen en la contratación privada. Según el TJCE, obligar a abonar los salarios locales supondría una carga económica para el prestador transnacional de servicios económica adicional que, aunque no impida ni obstaculice la ejecución de la prestación de servicios en el Estado de acogida, la haría “menos interesante”, lo que no permitiría el art. 49 TCE.

Aunque la Sentencia Rüffert no haya ignorado que el distinto nivel salarial puede afectar a la competencia entre empresas y entre trabajadores y generar un posible dumping social<sup>73</sup>, ha entendido, sin embargo, que ese bajo coste sala-

<sup>71</sup> Además, frente a la alegación del Gobierno alemán, la Sentencia niega que la medida pueda justificarse por el objetivo de garantizar la protección de la organización autónoma de la vida profesional, mediante sindicatos, aunque este objetivo estaba implícita en la legislación laboral histórica sobre los contratos públicos.

<sup>72</sup> La idea de que en la licitación propia de la contratación pública no se sacrifiquen los derechos de los trabajadores y que no se usen los fondos públicos para explotar a los trabajadores, mediante la incorporación de cláusulas en la contratación que garanticen a los trabajadores salarios y condiciones de trabajo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria del lugar, ha inspirado numerosas normativas nacionales, y ha encontrado algún reflejo en la propia disciplina comunitaria en materia de contratos públicos. Vid. Apartados 32 a 34 Directiva 2004/18/CE. El carácter “social” y no económico de la medida, se demuestra en el convenio núm. 94 OIT sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas, 1949), que trata de garantizar que los trabajadores empleados en la ejecución de contratos públicos perciban salarios y gocen de condiciones laborales que no sean menos favorables que las establecidas mediante convenio colectivo, laudo arbitral o legislación, para el mismo trabajo en el lugar que se realice. Vid. *Cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas*, CIT, 2008. Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. “Contratación pública y condiciones de trabajo”, RL, 2008, p. 1 y ss. La Sentencia Rüffert, ha merecido severas críticas en la 97 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de junio de 2008, donde se ha expuesto, la necesidad de que la Unión Europea aborde con urgencia la cuestión de la movilidad intracomunitaria y la contratación pública, a fin de evitar ambigüedades, y teniendo en cuenta que los objetivos del Convenio núm. 94 son plenamente compatibles con los del Tratado de la UE (Actas provisionales 19, apartado 120). (GB).

<sup>73</sup> Según Guamán Hernández, A., el TJCE ha convertido la Directiva 76/91 de instrumento, en origen para gestionar la diversidad y evitar el dumping social, en una suerte de máximo



rial es una ventaja competitiva legítima a favor de los contratistas de otro Estado de la Unión que les facilita, e, incluso, incentiva para ejercer la libertad de desplazamiento<sup>74</sup>, pese al peligro de fomentar cesiones materiales de mano de obra<sup>75</sup>.

Un último paso en la restricción de medidas nacionales del Estado de acogida aplicables a los trabajadores desplazados lo ha supuesto la Sentencia Comisión/Luxemburgo<sup>76</sup>, que ha afirmado que la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros unilateralmente, y, más en concreto, que el art. 10,3 de la Directiva 96/71 constituye una excepción al principio de las materias que el Estado miembro de acogida puede imponer a las empresas que desplazan trabajadores a su territorio, más allá de las que se enumeran, con carácter exhaustivo, en su artículo 3, primer párrafo. Por consiguiente, el art. 10.2 “debe interpretarse en sentido estricto”, como excepción al sistema establecido por la Directiva y del principio fundamental de libre prestación de servicios sobre el que la misma se funda<sup>77</sup>.

El Estado de acogida no puede imponer a los prestadores de servicios de otro Estado que desplacen trabajadores a su territorio todas las disposiciones de su Derecho del trabajo o las que le parezcan oportunas, aunque operen internamente como de orden público social, ni puede determinar por sí mismo, sin

---

común, con el posible efecto colateral de que si no son exigibles las mejoras salariales, en convenios colectivos sin eficacia general, para los trabajadores de las empresas extranjeras, difícilmente pueden aplicarse a las nacionales. Por otro lado, el abandono del objetivo de la protección de los trabajadores supone para ella una igualación por la vía negativa y una desprotección de la autonomía colectiva reconocida constitucionalmente, sin consideración alguna a la desigualdad de trato que de todo ello resulta para los trabajadores (“Desplazamiento transnacional de trabajadores y convenios colectivos: el caso Ruffert”, cit. p. 19 y ss.).

<sup>74</sup> Llama la atención que el TJCE no haya destacado que la empresa polaca había incumplido los requisitos de la Directiva, pues no había abonado tampoco el salario mínimo nacional de la construcción establecido en un convenio colectivo de eficacia general, como le había informado el Tribunal *a quo*.

<sup>75</sup> Vid. sobre el fenómeno de la prestación de servicios “labour intensive” y su conexión con la interposición de mano de obra, Bano, F. “La circolazione comunitaria di servizi labour intensive”, cit. p. 7 y ss.

<sup>76</sup> 19 de junio de 2008 (asunto C-319/2006).

<sup>77</sup> Kokott, J. “Die Auslegung der Entsende-Richtlinie durch den EuGH in den Entscheidungen Laval und Ruffert”, Berlín, 1988, pag. 5 y ss. Esa transformación de la Directiva 96/71 de un estándar mínimo a un estándar máximo, se había intentado establecer en la versión inicial de la Directiva Bolkestein, que expresamente vedaba a los Estados miembros para adoptar medidas restrictivas (Cfr. Gekiere, W. “The proposal of the European Commission for a Directive on Services in the Internal Market: An Overview of its main features and critical reflexions”, Bulletin of Comparative Labour Relations, 58, pag. 25.

control comunitario alguno, las exigencias de orden público para imponer normas laborales adicionales, como excepción o límite de la libre prestación de servicios<sup>78</sup>. La Sentencia parece ir más allá de la precedente doctrina sobre que la libre prestación de servicios sólo podría limitarse mediante normas justificadas *por razones imperiosas de interés general*, que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida<sup>79</sup>.

La Sentencia Comisión/Luxemburgo también ha examinado la compatibilidad con el art. 3.10 de la Directiva 76/91, de la ley luxemburguesa, en cuanto calificaba de disposiciones de orden público nacional se incluían las disposiciones relativas a los convenios colectivos de trabajo, sin exigir que fueran de eficacia general. La norma luxemburguesa no podrá constituir una excepción de orden público porque nada justifica que las disposiciones que regulan la elaboración y aplicación de los convenios colectivos “puedan subsumirse, *per se* y sin más precisión, en el concepto de orden público”, ni las propias disposiciones de los convenios colectivos “que tampoco pueden subsumirse en dicho concepto, en su totalidad y por el mero motivo de que emanan de ese tipo de actos”. Además, el artículo 3.10 de la Directiva 96/71 se refiere exclusivamente a las condiciones de trabajo y de empleo establecidas por los convenios colectivos declarados de eficacia general y no simplemente a los convenios colectivos de trabajo. La Sentencia “condena” es el que de por sí y en su totalidad se declare de orden público cualquier regulación colectiva y en especial cuando no se trata de un convenio colectivo de carácter general.

El Tribunal hace una interpretación forzada, para descalificarlo, del precepto nacional, pues se refiere a los convenios colectivos sin mencionar las condiciones de trabajo que establezcan. Sin duda puede considerarse de orden

<sup>78</sup> Sentencia Omega, 14 Octubre 2004, C-36/02. Para el TJCE, el concepto de orden público es un concepto de Derecho comunitario, que debe interpretarse en sentido estricto y “sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”.

<sup>79</sup> Sentencias Arblade y Finalarte, citadas. El concepto de concepto de orden público fue objeto de aclaración en la Declaración nº 10 del Consejo y de la Comisión en la adopción de la Directiva 96/71, como disposiciones obligatorias a las que no puede hacerse excepción y que, por su naturaleza y objetivo, responden a exigencias imperativas del interés público”, incluyendo objetivos de política social y la protección de los trabajadores. Por su parte, la Directiva 2006/123 afirma en su Considerando 7 haber tenido en cuenta otros objetivos de interés general citando separadamente y como distintos a la “seguridad pública y la salud pública” y en su art. 4 8) define la “razón imperiosa de interés general incluyendo, además, del orden y la seguridad pública la protección de los trabajadores y los objetivos de política social”, lo que podía haber servido de criterio de interpretación al TJCE. Desde la perspectiva de la Directiva 2006/123 desarrollo directo de la libertad de prestación de servicios podría calificarse de *contra legem*, la interpretación extrema del concepto de orden público del TJCE.

público la propia institución del convenio colectivo, su régimen jurídico y, desde luego, el derecho a la negociación colectiva sin la cual faltaría un elemento consustancial a un sistema democrático, la base del propio modelo de la Unión Europea. Al Estado de acogida no le puede ser indiferente el respeto del derecho a la negociación colectiva y demás derechos colectivos de los trabajadores desplazados situados temporalmente en su territorio. Sin embargo, el TJCE no ha querido analizar el tema desde esa perspectiva del derecho a la negociación y acción colectiva, más bien parece aceptar la idea de que los convenios colectivos “impuestos” por mandato legal o por medidas de conflicto, son un obstáculo para el ejercicio de la libertad de prestación de servicios en cuanto “perjudican” a los empresarios que en ejercicio de esa libertad desplazan a sus trabajadores.

El llamado efecto horizontal y la aplicación directa de la libertad de circulación de servicios incluiría así la eliminación de obstáculos que resulten del ejercicio de la autonomía colectiva, una restricción que se impone frente al mercado y a sus reglas. La autonomía colectiva trata, precisamente, de actuar en ese mercado y siguiendo sus reglas, pero enfrentándose con libertades económicas, entre ellas la más fundamental, la de la libertad de empresa<sup>80</sup>. El resultado de la negociación colectiva es un acuerdo libre, pero para el Tribunal no lo es cuando, para conseguirlo, se ejerce una presión sindical, ignorando los desequilibrios de poder que el sindicato trata de equilibrar. El problema no es ya el efecto directo de la libertad de circulación, sino el “mandatory rule” que se deriva de ella la tutela de la libertad empresarial frente a las acciones y negociaciones colectivas, y su “ilicitud comunitaria” desde el presupuesto de que una huelga (o un convenio colectivo “impuesto”) sería ilegal si produce efectos perjudiciales a la de empresa, en el caso de que esté afectada una libertad comunitaria, al margen del tratamiento nacional del derecho de huelga. Cierra en este punto la libre competencia y el mercado abierto en que se basa el propio sistema de relaciones laborales<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Según Azoulai, el TJCE deniega la posibilidad del poder colectivo de actuar y de justificarse y condena la consecuente acción colectiva. Lo sorprendente es que en el enjuiciamiento del TJCE el poder se alinea con las organizaciones sindicales y el derecho con los empleadores, cuyos derechos deben ser protegidos contra poderes dominantes, evitando todo posible negativo impacto de la acción sindical en las empresas que circulan (The Court of Justice of the European Communities and the “Social Market Economy”, en Notre Europe, Debate “CJEC and the “Social Market Economy”, París, 2008.

<sup>81</sup> Orlandini, G. “Trade Union Rights and Market Freedoms: the European Court of Justice sets out the rules” en CLLPJ, 29,4, 2008, p. 593 y ss.

## 5. LA BÚSQUEDA DE CONCORDANCIA PRÁCTICA ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES Y DERECHOS COLECTIVOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

En suma, para el TJCE, la Directiva 96/71, interpretada a la luz del derecho a la libre circulación de servicios del art.49 TCE, además de asegurar un núcleo de reglas imperativas de protección mínima que deben respetar en el país de acogida los empresarios que desplazan a trabajadores con objeto de efectuar un trabajo de carácter temporal en el lugar de la prestación, opera también como fijación de máximos de protección, evitando reglas laborales en el país de acogida que mejoren las establecidas en el país de origen (más allá de ese núcleo de normas mínimas). La libre prestación de servicios operaría así a favor de las empresas que desplazan trabajadores, y, en perjuicio de éstos, como “inmunidad” o antídoto frente a la legislación laboral y la autonomía colectiva del país de acogida, con el correspondiente sacrificio de los derechos fundamentales de libertad sindical, huelga y negociación colectiva, tanto de las organizaciones sindicales y de los trabajadores del Estado de acogida como de los propios trabajadores desplazados, cuyos derechos colectivos y su posible ejercicio en el lugar de trabajo no aparecen directamente afirmados. Se confirman así que el ejercicio de la libertad de prestación de servicios puede ser una vía para favorecer una competencia transnacional entre empresas basada en los menores costes salariales, lo que la Directiva se había propuesto evitar<sup>82</sup>.

El TJCE a través de la defensa de la libertad de circulación de trabajadores procuró “desmercantilizar” una mera libertad económica y defendió para el migrante comunitario un status de ciudadanía social, y ahora trata de “mercantilizar” a los trabajadores desplazados, como meros objetos de los intercambios, sin crear, salvo el respeto del núcleo duro de la Directiva 96/71, barreras de inmunidad para favorecer a los empresarios que ejercitan la libertad de prestación de servicios, mediante “paraísos laborales” desplazables, negándole derechos de ciudadanía social en el país en que trabajan, reconocidos ya a los trabajadores extranjeros extracomunitarios, haciendo así de los trabajadores desplazados “nómadas”, con menores derechos y peores condiciones de trabajo que los demás.

Cabe, sin embargo, una lectura más optimista de estas Sentencias, desde sus premisas y al margen de la aplicación que de ellas se hace al examinar los

<sup>82</sup> Su preámbulo afirma que el fomento de la prestación transnacional de servicios requiere unas condiciones de competencia leal y libre y medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores, y que sean coherentes con el marco de referencia del Derecho laboral y de las relaciones industriales de los Estados miembros.

peculiares casos concretos. Según CARUSO, las Sentencias reconocen los derechos sociales colectivos como símbolo identificador del ordenamiento europeo y como parte integrante del patrimonio constitucional común de los Estados miembros y refuerzan ese reconocimiento con referencia a la Carta de Niza, ya utilizada como si tuviera eficacia jurídica, pero, junto a ello, afirman y no meramente reconoce las libertades económicas de circulación como derechos fundamentales “constitucionales”, a los que se reconoce eficacia horizontal, haciendo que operen como límites externos a los derechos sociales fundamentales<sup>83</sup>. La negociación colectiva interna, que ha encontrado reconocimiento frente a las normas de competencia, encontraría límites severos en el ámbito de la libre circulación de servicios, lo mismo que el derecho de huelga<sup>84</sup>.

Planteando el tema desde una visión constitucional, dado el constitucionalismo multi-level que caracteriza al sistema de la Unión Europea, se trataría de confrontar, por un lado, los derechos fundamentales “nacionales”, según los respectivos sistemas constitucionales, y los derechos y libertades fundamentales comunitarias, sin que aquí la primacía del Derecho comunitario pueda servir de criterio. La misión específica del TJCE es ponderar en el plano del Derecho comunitario la concordancia práctica entre derechos fundamentales, como la libertad sindical y el derecho de huelga, que forman parte y se integran en el ordenamiento europeo, y las libertades económicas. La ponderación que

<sup>83</sup> “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking”, cit., p. 44 y ss.

<sup>84</sup> Según Vigneau, las exigencias impuestas por el TJCE para reconocer la licitud de la acción colectiva y el encuadramiento estricto de la acción colectiva es sorprendente, tanto por incidir en una materia propia de los Estados miembros pero poco reglamentada, como porque contrasta con la afirmación del propio Tribunal sobre la finalidad también social de la Comunidad. El pretendido balance entre lo económico y lo social se hace en detrimento del derecho de la acción colectiva, aunque se reconozca su carácter de derecho fundamental. Además, se ponen en cuestión los sistemas nacionales basados en la idea de la autonomía colectiva sin tener en cuenta la restricción consecuente de la libertad sindical, consagrada por las normas internacionales y europeas de trabajo (Semaine Juridique, marzo 2008). Para A. LYON CAEN, de las sentencias se deriva una nueva articulación del derecho de mercado y del derecho del trabajo y una subordinación de éste a aquél, al considerarse las reglas nacionales que reconocen y garantizan la negociación y la acción colectiva como excepciones respecto a las reglas comunitarias, exigiendo justificación y proporcionalidad, sometiendo al derecho de las relaciones profesionales a la tutela del derecho de mercado, demostrando que la idea de integración negativa, tal y como ilustrada en las sentencias, es un proceso de corrosión de las bases del Derecho del trabajo, sin corregir los desequilibrios de las empresas y debilitando a los trabajadores (“Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale”

[http://www.bmas.de/coremedia/generator/27028/property=pdf/2008\\_\\_07\\_\\_16\\_\\_symposium\\_\\_eugh](http://www.bmas.de/coremedia/generator/27028/property=pdf/2008__07__16__symposium__eugh)).

ha hecho el Tribunal no es “ponderada”<sup>85</sup>, influida, quizás, por las propias limitaciones de la Directiva 76/91 que, como también sucede en el Convenio de Roma, no ha tenido en cuenta el plano colectivo.

Para el TJCE el derecho de huelga sería un derecho fundamental, pero “no tan fundamental” como las disposiciones sobre la libre circulación en la UE, que legitima el ejercicio de la libertad de prestación de servicios con el solo fin de eludir las condiciones salariales y de trabajo y los derechos colectivos del ordenamiento constitucional y laboral del lugar de prestación de servicios, convirtiendo el ejercicio de esa libertad en un medio de elusión de la normativa laboral. En un momento en que se está hablando de la cláusula social en el ámbito de la globalización, la Unión Europea ampliada, desde el principio de libertad de circulación y la idea del mutuo reconocimiento, se estarían favoreciendo formas de dumping social<sup>86</sup>.

Que esta conclusión no es exigencia del TCE lo demuestra el que la Eurocámara haya dado su aprobación a la Directiva sobre los trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal (ETT), de inmediata promulgación. Esa Directiva establece la igualdad de trato salarial en condiciones de seguridad y otros derechos entre los trabajadores contratados por estas agencias y los empleados directamente por la empresa, y es aplicable también al desplazamiento de los trabajadores. Además esa Directiva no excluye la posibilidad de convenios colectivos más favorables.

No tiene nada de extraño que en la misma Sesión, el 22 de octubre de 2008, el Parlamento Europeo haya aprobado por amplia mayoría el Informe (A6-0370/2008) sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea y una Resolución al respecto. El Informe se refiere a las Sentencias

<sup>85</sup> A. C. L. Davies afirma que la aplicación en las Sentencias Viking y Laval del test de proporcionalidad rebaja el significado del reconocimiento del derecho de huelga como un derecho fundamental, y no tienen en cuenta la aplicación normal de este test de proporcionalidad respecto a la huelga. Para el TJCE, el mero ejercicio del derecho de huelga no sería tutelable en sí mismo sino en función de sus objetivos y propósitos, exigiendo una justificación muy rigurosa por la mera repercusión en la libertad de prestación de servicios, sin utilizar en la ecuación el importante factor de la protección del interés de los trabajadores, y, además, al enfatizar la idea de la alternativa menos restrictiva, restringe sumamente la posibilidad de ejercicio del derecho de huelga, sin entender el contexto de las relaciones laborales y, sobre todo, que la voluntariedad del convenio colectivo no impide la adopción previa de acciones colectivas (“One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, en *ILJ*, 37, 2, 2008, p.126 y ss.

<sup>86</sup> La Comisión parece ahora preocupada por las condiciones laborales del millón de trabajadores que se desplazan y ha adoptado una Recomendación de 31 de marzo de 2008 relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (2008/C85/01). En su presentación ha declarado el Comisario Spidla que los Estados miembros “deben mejorar su cooperación si se quiere proteger eficazmente las condiciones laborales y evitar una carrera por los salarios mínimos más bajos en el conjunto de la Unión”.

Viking, Laval y Rüffert, sostiene que los derechos fundamentales de libertad sindical, de huelga y a negociar convenios colectivos, son principios básicos de la Unión, que quedarán consagrados en el Tratado si se ratifica el Tratado de Lisboa; y entiende, a la vista de aquellas sentencias, que es necesario aclarar el equilibrio entre los derechos y las libertades fundamentales.

Al respecto, el Parlamento Europeo subraya que la libre prestación de servicios no contradice ni está por encima de los derechos fundamentales y en particular del derecho fundamental a emprender acciones colectivas, y que debe equilibrarse con los derechos fundamentales y los objetivos sociales de los Tratados, y con el derecho a la negociación colectiva y a las acciones colectivas de los sindicatos para garantizar la no discriminación, la igualdad de trato y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Asimismo, señala que la igualdad de trato es un principio fundamental de la Unión Europea a la que deberían tener derecho todos los trabajadores ciudadanos de la Unión.

Frente a la doctrina del TJCE sentada en las tres sentencias citadas, el Parlamento Europeo considera necesario declarar que “las libertades económicas establecidas en los Tratados deberían interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por el Derecho comunitario, incluido el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones colectivas, y que no menoscaben la autonomía de los interlocutores sociales en el ejercicio de estos derechos fundamentales en defensa de intereses sociales y de la protección de los trabajadores”. Además, hace “hincapié en la necesidad de salvaguardar y reforzar la igualdad de trato, la igualdad de retribución por un mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo” sin que la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento, puedan “justificar desigualdades en lo referente a las condiciones laborales, la retribución o el ejercicio de derechos fundamentales tales como el derecho a la huelga”. Se rechaza, así, directa y abiertamente la ulterior jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

El Parlamento ha aprobado, además, una importante Resolución dirigida al Consejo, a la Comisión y a los Parlamentos nacionales. En esa Resolución se sostiene que la igualdad de trato y de remuneración por un trabajo de igual naturaleza debería ser el principio fundamental y que las Sentencias Viking, Laval y Rüffert han demostrado que la actual legislación no es suficiente para proporcionar un adecuado equilibrio entre la libre prestación de servicios y los derechos de los trabajadores. Por ello, considera preciso adoptar cambios inmediatos para garantizar cambios en la legislación europea para contrarrestar los posibles efectos perjudiciales de esas sentencias del TJCE desde el punto de vista social, económico y político, revisando la Directiva 76/91, y unificando en una cláusula social de Derecho primario las cláusulas sociales de la Direc-

tiva Monti y la Directiva sobre servicios, además de adoptar medidas en contra de las “empresas buzón”<sup>87</sup>.

Es de esperar que esta iniciativa parlamentaria de contrarrestar la doctrina Viking–Laval–Rüffert y de asegurar un adecuado equilibrio como derechos situados al mismo nivel entre las libertades de circulación y los derechos fundamentales de los trabajadores tenga un resultado positivo tanto en los tribunales comunitario y nacionales, como en el Derecho comunitario, mediante la consagración de una cláusula social aplicable a todas las libertades económicas y una revisión de la Directiva 76/91, que tenga en cuenta los derechos fundamentales en su dimensión colectiva.

<sup>87</sup> Que no se dedican a verdaderos negocios en el país de origen y se crean, a veces, por el principal contratista en el país de acogida, con el único propósito de evitar la aplicación de las normas laborales.



# DIÁLOGO SOCIAL Y CONCERTACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES DE ANDALUCÍA

M<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Relaciones Laborales, Andalucía**

El fenómeno de la concertación y del diálogo social supone, ante todo, una forma de integración entre los dos grandes poderes operantes en el marco del sistema de relaciones laborales, el poder normativo del Estado y el poder jurídico-social de la autonomía colectiva. La concertación supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente, y, al mismo tiempo, constituye un mecanismo que permite a los poderes públicos influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia de la negociación colectiva. La Concertación Social ha cumplido un papel relevante en Andalucía a través de los distintos Acuerdos suscritos desde los años 90, configurándose como uno de los pilares fundamentales de las políticas de desarrollo económico y de creación de empleo. El alcance amplio de estos Acuerdos y la eficacia de sus resultados han sido destacados por la Unión Europea, a través de la Comisión Europea. La Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido consolidando una forma de gobierno caracterizada por el énfasis puesto en la negociación y la búsqueda del consenso.

## ABSTRACT

**Key words: Industrial Relations, Andalusia**

The phenomenon of coordination and social dialogue entails, above all, a form of integration between the two main authorities operating in the framework of the industrial relations system, the regulating authority of the State and the legal-social authority of the collective autonomy. Coordination entails an attraction of the social partners to the sphere of drafting public policy, influencing it as well as legitimising it and, at the same time, constitutes a mechanism that allows public authorities to influence and condition union practice and the strategy of collective bargaining. Social Coordination has played a relevant role in Andalusia through the different Agreements signed in the 90s, becoming one of the essential pillars of economic development and employment creation policies. The wide scope of these Agreements and the efficient results thereof, have been pointed out by the European Union through the European Commission. The Autonomous Community of Andalusia has consolidated a form of governance characterised by the emphasis laid on bargaining and the search of consensus.

## ÍNDICE

1. CONCERTACIÓN Y DIÁLOGO SOCIAL. SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO
2. EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA
  - 2.1. Características de la concertación social en el ámbito autonómico. La institucionalización del diálogo social
  - 2.2. Los acuerdos de concertación social en Andalucía

### 1. CONCERTACIÓN Y DIÁLOGO SOCIAL. SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO

El fenómeno de la concertación y del diálogo social supone, ante todo, una forma de integración entre los dos grandes poderes operantes en el marco del sistema de relaciones laborales, el poder normativo del Estado y el poder jurídico-social de la autonomía colectiva. La concertación supone una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente, y, al mismo tiempo, constituye un mecanismo que permite a los poderes públicos influir y condicionar la práctica sindical y la estrategia de la negociación colectiva. De ahí que en el plano de la teoría política las formas más evolucionadas de concertación social han dado lugar al llamado “neocorporativismo democrático”, como forma de gobierno sociopolítico de las sociedades complejas y altamente desarrolladas como son las propias del capitalismo avanzado.

La concertación social aparece como un mecanismo de adopción tripartita de grandes decisiones relativas a problemas sociales y económicos en un nivel general o de ámbito inferior. En el proceso de concertación se produce una negociación o consulta político-social entre los agentes sociales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) y los poderes públicos (Moreno Vida, M.N., 1989). El método de la concertación es en sí sustancialmente político, pues de lo que se trata es, en el fondo, de hacer partícipes a las grandes organizaciones profesionales en la gestión de la política social y económica y de corresponsabilizarlas, de algún modo, en las correspondientes decisiones del poder público.

El fenómeno de la concertación social tiene un carácter multiforme, tanto en su estructura como en las condiciones políticas. De tal forma que de la concertación y del diálogo social se pueden detectar en la práctica diversas acepciones y modalidades: concertación y diálogo social nacional y europeo, concertación “macroeconómica”, “mesoconcertación”, “microconcertación”; se puede tratar de una concertación trilateral o bilateral; puede expresarse a través de pactos sociales o a través de fórmulas de “legislación negociada”...

Con el término “diálogo social” se tiende a abarcar todas aquellas relaciones entre actores del mundo del trabajo que no suponen conflicto abierto, incluyendo, pues, los mecanismos de consulta, negociación, concertación, participación, etc. De esta forma, el diálogo social comporta la localización de puntos de encuentro entre los agentes sociales, el intercambio de informaciones, ideas y opiniones entre las partes sociales y el intento de búsqueda de posiciones convergentes sobre cuestiones de interés común (Monereo Pérez, J. L., 1999, 15 y sigs.). El diálogo social puede ser un procedimiento que lleve a la concertación social, pero no se pueden confundir ambos conceptos. La concertación social es una de las formas de expresión del diálogo social; es una forma de intercambio político entre el poder público y los interlocutores sociales en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno.

El diálogo social, como medio de consulta y participación de los interlocutores sociales, como fórmula de cooperación tripartita en sentido amplio para la formulación o aplicación de la política económica y social, está presente de modo fundamental en la OIT. No sólo se incorporó desde su nacimiento como característica esencial de esta organización internacional, sino que la necesidad del tripartismo y del diálogo social ante los desafíos que hoy plantea el mundo globalizado, con el objetivo de conciliar los imperativos de la justicia social con la competitividad de las empresas y el desarrollo económico, se ha puesto de manifiesto reiteradamente en el seno de la OIT. Así se refleja especialmente en el Informe VI a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1996 sobre “Consulta tripartita en el plano nacional sobre la política económica y social”.

El tripartismo y el diálogo social en el plano nacional se encuentra incorporado además en numerosos Convenios y Recomendaciones: El Convenio nº 144 OIT y la Recomendación nº 152 sobre la consulta tripartita, ambos de 1976, exigen que tengan lugar consultas entre Gobiernos y representantes de empleadores y trabajadores en cada etapa de la actividad normativa de la OIT; en muchos otros Convenios de la OIT se exige igualmente el diálogo social para su puesta en práctica. El importante Convenio nº 150 OIT sobre Administración del Trabajo, de 1978, prevé que se deberán establecer procedimientos adecuados para garantizar la consulta, la cooperación y la negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

También en el ámbito de la Unión Europea se pone el acento en la necesidad del diálogo social, situándolo en el marco de la problemática de la “gobernanza”. La Comunicación de la Comisión “El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio”, de 26 de junio de 2002, se plantea el futuro del diálogo social como clave para mejorar la “gobernanza” de la Unión Europea y “como fuerza impulsora de las reformas económicas y sociales”. También, en

la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece una Cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo [2002/0136 (CNS)] se ha subrayado que “las negociaciones entre los interlocutores sociales son la mejor manera de avanzar en las cuestiones relacionadas con la modernización y la gestión del cambio”. En este sentido, la Comisión se propone promover y mejorar la contribución del diálogo social a una mejor “gobernanza” europea, es decir, a una mayor participación de todos los actores en la toma de decisiones y en el proceso de ejecución, a partir del procedimiento previsto en el art. 138 del Tratado CE sobre consulta con los interlocutores sociales. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión –Trabajar juntos, trabajar mejor: Un nuevo marco para la coordinación abierta de las políticas de protección social y de inclusión en la Unión Europea, de 20 de abril de 2006 [COM (2005) 706 final] insiste en que uno de los tres objetivos globales debe ser reforzar la gobernanza, la transparencia y la participación de las partes interesadas en la elaboración, aplicación y supervisión de la política. Los interlocutores sociales y otros actores clave de la sociedad civil organizada deben tener una mayor participación en todos los aspectos del proceso.

A escala europea, la Comisión considera que, con el desarrollo de la concertación en torno a los distintos aspectos de la estrategia de Lisboa, es necesario reforzar la formación conjunta de los representantes de la administración y de los interlocutores sociales con el fin de dar contenido a los intercambios y a la asociación. A escala nacional, los interlocutores sociales desempeñan un papel importante en la aplicación de las directivas mediante acuerdos a nivel comunitario, la adaptación de las normas a las diversas situaciones nacionales y la negociación de respuestas a los objetivos fijados por las directivas. De esta forma, para la Comisión el refuerzo de un diálogo europeo o transnacional en las empresas se convierte en un reto esencial, y se considera que, en este contexto, el establecimiento de comités de empresa europeos supone un avance importante. Pero, además, la promoción de las prácticas de empresas que dan prioridad a su responsabilidad social abre el campo del diálogo social en la empresa.

De manera fundamental, la Comisión considera que la realización de los objetivos estratégicos definidos en Lisboa –lograr el pleno empleo y reforzar la cohesión social– se basa en gran medida en la actuación de los interlocutores sociales, puesto que ellos son los mejor situados para garantizar una gestión positiva del cambio, que permite conciliar la flexibilidad indispensable para las empresas y la seguridad necesaria para los trabajadores. Asimismo, gracias a la diversidad de los modelos de relaciones laborales, pueden aportar respuestas adaptadas a los desafíos como la mejora de las cualificaciones, la organización del trabajo, el fomento de la igualdad de oportunidades y el desarrollo de políticas de prolongación de la vida activa.

Por todo ello, en el ámbito de la Unión Europea hay una decidida apuesta por el diálogo social europeo y nacional, configurándolo como una herramienta de modernización económica y social en muchos aspectos, como la organización del trabajo, la prolongación de la vida activa, el fomento de la igualdad de oportunidades, la formación profesional, etc. En consecuencia, se debe estructurar la concertación tripartita y ampliar y enriquecer el diálogo social.

En cualquier caso, su característica fundamental es que se trata de un método o procedimiento para la adopción de decisiones conjuntas o en colaboración entre el poder público o gobierno y los agentes sociales, implicando un encuentro entre poderes públicos y privados que se interfieren y limitan mutuamente. Desde el punto de vista jurídico este fenómeno político “se vincula a los límites del procedimiento legislativo ordinario para abordar la complejidad de lo real y la exigencias de nuevas formas jurídicas y técnicas de elaboración negociada de las normas en el campo del Derecho económico y del Derecho Social” (Monereo Pérez, 1999, 17). La concertación comporta un proceso de encuentro y de negociación política entre el poder estatal (heteronomía) y los interlocutores sociales (autonomía colectiva) como respuesta a las exigencias de gobernabilidad de las sociedades complejas.

En el contexto actual, la concertación social se puede también situar, como se plantea en la Unión Europea, dentro de la problemática de los nuevos modos de gestión del poder o “gobernanza”. La “gobernanza” se presenta hoy como nuevo cauce teórico e institucional en el cual repensar y reinsertar el diálogo y la concertación social, en la medida en que la problemática de la “gobernanza” implica la “preocupación contemporánea por el diálogo y participación de los actores en presencia, con vistas a la toma de decisiones en tiempos de creciente incertidumbre” (Graña, F., 2005, 5). La “gobernanza” sugiere, frente a los modelos tradicionales de gobierno, una toma de decisiones colectivas, basadas en una amplia inclusión de los actores afectados por las mismas (Monereo Pérez– Molina Navarrete, 2008, 2–12), por lo que debe estar fundada en la negociación y la cooperación, con base a ciertos principios sometidos a consenso. En esta línea, el Libro Blanco “La Gobernanza Europea” de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 25 de julio de 2001, destaca la necesidad de una mayor interacción entre las instituciones europeas, los gobiernos nacionales, las autoridades regionales y locales y las organizaciones de la sociedad civil a las que pertenecen los interlocutores sociales. El método del diálogo y la concertación social aparece como la vía necesaria para requerir los consensos necesarios que permitan garantizar la gobernabilidad de las sociedades de capitalismo avanzado.

A través de la concertación social, las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno en una particular forma de “intercambio político”. El poder público delega ámbitos rele-

vantes de su facultad para adoptar decisiones en las organizaciones de intereses, permitiéndoles participar en el proceso decisional y en la aplicación de las decisiones. Por su parte, las organizaciones de intereses obtienen un poder de decisión en las políticas económicas y sociales, acrecentando su capacidad de control e intervención sobre el sistema político del que dependen las grandes decisiones de política económica y social. En este proceso de “intercambio político”, las organizaciones de intereses ponen a disposición del Estado su poder político indirecto, favoreciendo el “consenso” social y asegurando una mayor legitimación y efectividad de las decisiones políticas del poder público. Ello desemboca en un doble papel que actualmente cumplen las organizaciones de intereses, fundamentalmente de los sindicatos, en las sociedades modernas: como instrumento de representación colectiva y directa de los intereses de los trabajadores y como instancia de participación en la constitución del sistema político.

Para las organizaciones de intereses, esta relación de intercambio político supone un coste innegable y una limitación de su autonomía decisional, en la medida en que implica una orientación de su acción en el sentido que permita una realización más idónea de los objetivos perseguidos por la concertación. Con respecto al sindicato, su implicación en las decisiones políticas a través de la concertación social, e incluso la legitimación de las mismas, entraña el coste potencial de provocar relaciones de tensión con los miembros de la base, así como pérdida de influencia sobre los mismos e incluso pérdida de afiliación. En la medida en que la participación en los procesos de decisiones políticas públicas por parte de las organizaciones de intereses se institucionaliza a través de la concertación social, éstas dejan de ser meros “grupos de presión”, siendo verdaderos sujetos políticos que participan en procesos de decisión de políticas públicas. Se plantea para ellas una tensión innegable entre la participación en este intercambio político y la necesidad de mantener la identidad colectiva que personifica el sindicato.

Las formas de concertación social son muy variadas al ser un instrumento caracterizado por su flexibilidad que puede, además, tener un mayor o menor grado de institucionalización. La concertación puede cristalizar en Acuerdos o Pactos Sociales tripartitos, como los que se llevaron a cabo en nuestro país a nivel nacional durante los años 80 (principalmente, el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, el Acuerdo Nacional de Empleo de 1981, el Acuerdo Interconfederal de 1983 o el Acuerdo Económico y Social de octubre de 1984) y los que se han firmado más recientemente en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 2004 (así, el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006 ó el Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006). Pero, además, la concertación social puede dar lugar a una “legislación negociada” (de la que tenemos numerosos ejemplos en estos últimos años), o puede

cristalizar en acuerdos o convenios marcos bilaterales (organizaciones sindicales y empresariales más representativas) coordinados y vinculados con el proceso de negociación política (como los sucesivos Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva). En última instancia, ambos instrumentos –Pactos Sociales y Acuerdos Marco– participan de la misma razón política y la misma dinámica y su práctica en nuestro país ha ido paralela, apareciendo los Pactos Sociales como cúpula de una negociación colectiva articulada ordenada a través de los Acuerdos Marco (Moreno Vida, M. N., 1990 y 1999, 159–185).

La concertación social no ha sido, ni en España ni en los países de nuestro entorno, un fenómeno lineal. Por el contrario, se han producido ciclos discontinuos que han estado influidos por el carácter más institucionalizado o más contractual del modelo de neocorporativismo, por las variaciones en las políticas gubernamentales y por la propia evolución de las variables económicas. El modelo de concertación social llevado a cabo en España ha sido tradicionalmente débil e inestable, poco institucionalizado y de carácter conflictivo-contractual. Durante la primera época, correspondiente a la década de los 80, se fue implantando una concertación centralizada a nivel nacional, basada en grandes Pactos Sociales, con un fuerte carácter político que se centró en medidas de política de rentas salariales (reducción o contención de los costes del trabajo) a cambio de la obtención por los sindicatos de una mayor institucionalización dentro del propio sistema político-económico. La coincidencia de estos procesos de concertación social con el cambio político en España y con la crisis económica dio lugar a que la concertación social tuviera como base la necesidad de legitimación para el Estado en sus decisiones de política económica y social, por un lado, y la necesidad para las organizaciones sindicales de institucionalizar su presencia en la sociedad y de lograr su participación en el proceso de adopción de decisiones de la política general. Por tanto, fue una concertación social centrada en contrapartidas legitimadoras entre los agentes implicados. Esta fase inicial exigió crear las condiciones necesarias para hacer factible este modelo de concertación, fundamentalmente ello implicó un decidido intervencionismo público en el plano institucional y funcional dirigido a la configuración de la figura del sindicato más representativo, necesaria para la integración del sindicato en la dinámica político-institucional.

Con posterioridad este modelo de macroconcertación entró en crisis, produciéndose un cambio hacia nuevas formas de concertación social y, al mismo tiempo, una progresiva implantación de mecanismos más institucionalizados. Por un lado, a partir de la década de los 90 la concertación social tiende a abandonar el ámbito centralizado nacional y los grandes pactos político-sociales y se sustituye o se completa por un tipo de concertación más flexible, dinámico, menos centralizado, alcanzando un mayor desarrollo en ámbitos territoriales más reducidos, fundamentalmente en las Comunidades

Autónomas, donde se llevan a cabo acuerdos tripartitos de naturaleza económica y social. No obstante, a nivel nacional persisten (sobre todo desde la segunda mitad de los años 90) acuerdos político–sociales tripartitos, pero sobre materias concretas: así, los acuerdos para la reforma del sistema de pensiones, sobre la base de los acuerdos del Pacto de Toledo; para la reforma y modernización de la Administración Pública; para la reforma del mercado de trabajo, etc. Se trata de materias que necesitan un especial consenso con los interlocutores sociales, que doten de una añadida legitimación social a las políticas públicas.

Con esa misma finalidad, en la Comisión Europea se ha puesto de relieve, por el Parlamento Europeo [Resolución del Parlamento Europeo sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI, de 11 de julio de 2007] y por el Comité Económico y Social Europeo [Dictamen sobre el “Libro Verde –Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, DO 27.7.2007] la necesidad de apoyarse en el diálogo social para llevar a cabo los actuales procesos de reforma del Derecho del Trabajo planteadas por la Unión Europea en el Libro Verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del Siglo XXI”, de 22 de noviembre de 2006, y en la Comunicación de la Comisión “Hacia los principios comunes de la flexiseguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, de 4 de julio 2007. En estos documentos se destaca la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo y para ello se considera que el diálogo social puede desempeñar un papel fundamental en la búsqueda de soluciones colectivas o a nivel de empresas para permitir a los trabajadores “integrados” y a los “periféricos” efectuar con éxito las transiciones entre las distintas situaciones laborales y para ayudar a las empresas a responder de forma más flexible a las necesidades de la economía. La propia Estrategia de Lisboa pone de relieve el papel del diálogo social a la hora de abordar desafíos clave para Europa, como la mejora de las cualificaciones y capacidades, la modernización de la organización del trabajo, el fomento de la igualdad de oportunidades y la diversificación o el desarrollo de políticas de prolongación de la vida activa.

No cabe duda, desde luego, que el diálogo y la concertación social constituyen un método especialmente idóneo para hacer frente a los problemas económicos y sociales de los países desarrollados (sin olvidar que, como en España, han sido fundamentales en los procesos de transición político–social y normalización democrática), teniendo en la actualidad un carácter estructural e indispensable en las sociedades avanzadas (neocorporativismo democrático).

Por otro lado, en las sociedades democráticas de capitalismo avanzado se produce, además, una articulación más o menos institucionalizada de la representación de intereses en el plano político. Pueden adquirir formas muy



variadas y con distintos grados, pero, en definitiva, permiten una concepción de la concertación social como una dinámica más permanente y no como actos aislados en momentos coyunturales, que contribuye a la consolidación democrática. Esta institucionalización de la representación de intereses se lleva a cabo a través de órganos consultivos del gobierno o de concertación, como los Consejos Económicos y Sociales, existentes en la actualidad tanto en el ámbito interno (a nivel estatal o regional o autonómico) y en el ámbito europeo. Constituyen un lugar de encuentro y de diálogo entre las distintas representaciones de intereses económicos y sociales. Son fundamentalmente formas consultivas que hoy día conviven y actúan como complementarias de los acuerdos de concertación social.

En cualquier caso, el diálogo y la concertación social se consideran hoy día una seña de identidad de nuestro modelo de sociedad, y, más concretamente, de nuestro modelo político-social, existiendo una gran coincidencia en que han contribuido de forma decisiva a las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales que ha experimentado nuestro país.

## **2. EL DIÁLOGO Y LA CONCERTACIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA**

### **2.1. Características de la concertación social en el ámbito autonómico. La institucionalización del diálogo social**

En el ámbito autonómico la concertación social ha venido desempeñando un importante papel. A partir de la década de los 90 se produce un cambio en el modelo de concertación social, en el sentido de que se lleva a cabo de forma más descentralizada, lo que acentúa el papel de la concertación social autonómica.

En efecto, como ya se ha indicado, desde finales de los años 80 se produce un declive, quizás por agotamiento institucional, del modelo de concertación social global a nivel nacional (“macroconcertación”). Pero esto no significa que llegue a desaparecer; como instrumento de negociación político-social, la concertación es hoy un elemento estructural y de carácter necesario como forma de gobernabilidad de los procesos sociales. El cambio se produce en las formas de gobernación, de modo que los grandes acuerdos triangulares a nivel nacional son a veces sustituidos o a veces complementados por una concertación menos centralizada, más flexible y dinámica, que trata de articular funcionalmente los distintos niveles o espacios de concertación. Esta concertación social más descentralizada favorece la concertación en los ámbitos autonómicos, cristalizando en diversos acuerdos triangulares sobre materias de naturaleza económica y social en las Comunidades Autónomas. Basta ver, entre

otros, el Acuerdo Económico y Social para el Progreso de Aragón (2004-2007), el Acuerdo para el Desarrollo Económico, la Competitividad y el Empleo de la Comunidad Autónoma de Asturias (2004-2007), el Plan de Ocupación de la Comunidad Autónoma de Baleares (2005-2007), el VI Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Canarias (2003-2006), el Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Cantabria (2005-2007), el Plan Regional de Empleo de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (2004-2006), el Acuerdo Estratégico para la Internacionalización, la calidad de la ocupación y la competitividad de la economía catalana (con vigencia desde 2005 hasta el final de la legislatura), el Pacto Valenciano por el crecimiento y el empleo (2001-2006), el V Plan de Empleo de Extremadura (2004-2007), el Acuerdo por el empleo y el crecimiento económico de la Comunidad de Madrid (desde 2005 hasta el final de la legislatura, el VI Acuerdo de Concertación Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía (2005-2008) y muchos otros.

La mayoría de estos Acuerdos Autonómicos de Concertación Social suelen tener un contenido centrado fundamentalmente en el empleo, pero también abundan los Acuerdos con un contenido más amplio relativo al desarrollo económico y social de la comunidad, en los que también ocupa un papel central el empleo.

El Comité de las Regiones Europeo (en su Dictamen de 7 de febrero de 2008; DO 25.4.2008) ha puesto de manifiesto la importancia de los entes locales y regionales dentro de la Estrategia Europea por el Empleo, creando mercados laborales dinámicos, ayudando a los ciudadanos a incorporarse al trabajo y proporcionando protección a quienes están fuera del mercado laboral. Considera que únicamente garantizando “una infraestructura amplia y durable que se sustente en unos servicios públicos definidos, organizados y financiados por los entes locales y regionales como, por ejemplo, las infraestructuras de transporte, la vivienda asequible y los centros de atención (infantil, a personas con discapacidad y ancianos) asequibles y accesibles desde el punto de vista económico y del tiempo, se ofrece una base sostenible para alcanzar los objetivos establecidos en la Estrategia de Lisboa”. De esta forma, el Comité de las Regiones reivindica el papel de los entes locales y regionales en el diseño de las políticas socio-económicas nacionales y la indudable proyección regional de las políticas de fomento y promoción económica y social.

Junto con los Acuerdos de concertación social, una de las características de los procesos de diálogo y concertación social autonómicos ha sido su institucionalización por la vía de la creación de consejos económicos y sociales autonómicos o consejos de relaciones laborales. La promoción de cauces de participación institucional de los ciudadanos a través de las organizaciones representativas de sus intereses económicos y sociales es una característica de los sistemas democráticos y sociales actuales. A través de los mismos se busca el

objetivo de una institucionalización permanente del diálogo social, que puede y deba conjugarse con el diálogo social no institucionalizado realizado a través de acuerdos o pactos sociales. El soporte establecido por la Constitución española para esta negociación de carácter neocorporativo lo constituye la previsión del Consejo Económico y Social, que permite establecer un cauce participativo institucional, complementario a la representación política general que, sin sustituirla, contribuya a legitimar adicionalmente las medidas legislativas promulgadas. El significado último de estos órganos colegiados de carácter consultivo remite al desarrollo de la cláusula del Estado Social contenida en el art. 9.2 CE. Una previsión similar a ésta se ha regulado en la mayoría de los Estatutos de Autonomía, dentro de sus competencias relativas a las instituciones de autogobierno, permitiendo la creación de estos órganos consultivos en materia económica y social (arts. 26.2 y 222 del Estatuto de Autonomía de Andalucía). Se trata de órganos de participación, de consulta y estudio y deliberación entre los agentes económicos y sociales (Vanaclocha Bellver, 1980, pág. 13), a través de los cuales se busca tener en cuenta la pluralidad y diversidad de los intereses de los grupos sociales y económicos en la elaboración de las políticas públicas, sin que suponga un intento de sustituir a la democracia parlamentaria por el gobierno de los intereses privados.

A través de esta representación de intereses parciales o sectoriales en órganos institucionalizados se dota de un plus de consenso a las decisiones de política pública de carácter socioeconómico y social, asumiendo funciones esencialmente consultivas y de influencia y ayuda en la redacción de las leyes. La proliferación de este tipo de instituciones de participación y consulta pone de relieve “la necesidad que el orden establecido tiene de establecer mecanismos de cooperación para resolver de forma dialogada y pacífica los conflictos que en todo momento afecten a los grupos y clases sociales existentes en la sociedad” (Monereo Pérez, 1999, pág. 106).

En el ámbito de las relaciones laborales la presencia y dinámica efectiva de estos órganos de institucionalización del diálogo social es un exponente más de la tendencia hacia la implantación en los países europeos de tradición fuertemente conflictiva (como son, fundamentalmente, los países del sur de Europa, que responden al llamado “modelo mediterráneo” de relaciones laborales) de mecanismos de participación basados, sin abandonar la lógica reivindicativa, en la lógica de cooperación complementaria por parte de los interlocutores sociales. De forma que a través de ellos se busca potenciar los puntos de encuentro y de interés mutuo, sin que ello impida la legítima persecución de los intereses propios de los que son portadores cada uno de los actores sociales. El objetivo es establecer mecanismos de gobierno de la economía y del sistema de relaciones laborales mediante la gestión conjunta y la adopción, cuando corresponda, de decisiones conjuntas por los interlocutores sociales. Se trata, en defi-

nitiva, de una fórmula institucional de articulación de los intereses económicos y sociales, que garantice la participación directa de los agentes sociales y económicos en la adopción de decisiones de política pública en materia socio-económica.

Estos órganos han tenido un importante papel en la gobernabilidad política del sistema de relaciones laborales en el marco del Estado social autonómico. Por Ley 4/1983, de 27 de junio, se creó el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en base a la asunción por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía de funciones ejecutivas en materia de relaciones laborales y con el objetivo de facilitar un tratamiento más adecuado de los conflictos laborales. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales ha contribuido de forma decisiva al clima de diálogo social permanente en el ámbito de las relaciones laborales en Andalucía, a la promoción y desarrollo de la negociación colectiva en el ámbito de esta Comunidad Autónoma y a la promoción de un sistema, hoy plenamente consolidado, de resolución extrajudicial de conflictos. Con posterioridad, fruto del Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía, firmado entre la Junta de Andalucía y los interlocutores sociales el 17 de mayo de 1993, se creó el Consejo Económico y Social de Andalucía por Ley 5/1997, de 26 de noviembre, como órgano de carácter consultivo, cuya finalidad esencial es la de servir de cauce de participación y diálogo de los interlocutores sociales en el debate de asuntos socioeconómicos y laborales (Fernández Avilés, 2009, pág. 321).

## **2.2. Los acuerdos de concertación social en Andalucía**

La Concertación Social ha cumplido un papel relevante en Andalucía a través de los distintos Acuerdos suscritos desde mediados de los años 80 y muy especialmente desde los años 90, configurándose como uno de los pilares fundamentales de las políticas de desarrollo económico y de creación de empleo. El alcance amplio de estos Acuerdos y la eficacia de sus resultados han sido destacados por la Unión Europea, a través de la Comisión Europea (“Estos Acuerdos han constituido pilares fundamentales de las políticas de desarrollo económico y de creación de empleo aplicadas por la Junta de Andalucía a lo largo de estos años”). La Comisión ha destacado que la concertación social en Andalucía se ha revelado, en el contexto de las regiones europeas, como una de las más amplias, en cuanto a su contenido, y de las más eficaces, por los resultados que se han alcanzado.

Inicialmente la concertación se fue llevando a cabo de forma bipartita, separadamente con cada uno de los interlocutores sociales, es decir a través de Acuerdos suscritos por separado entre el Gobierno andaluz y las organizaciones empresariales representativas (la Confederación de Empresarios de Andalucía) y, por otra parte entre el Gobierno andaluz y las organizaciones sindicales

(fundamentalmente con la Unión General de Trabajadores de Andalucía, UGT-A). Desde el inicio de estos procesos de concertación social, su objetivo ha sido ambicioso, no limitándose a la concertación de políticas sociales y laborales sino, más ampliamente, a la política general económica y social. Pero en esta primera fase, la concertación se concreta en acuerdos sobre materias concretas, condicionada, por un lado, por la concertación social a nivel nacional (desarrollando a nivel andaluz algunos aspectos incluidos en los grandes acuerdos de concertación social que se llevaron a cabo en España en la década de los 80, particularmente el Acuerdo Económico y Social) y, por otro lado, por el inicial desarrollo autonómico de Andalucía (González Biedma, E.: “Aspectos de la concertación social en Andalucía”, en Ojeda (coord.): *La concertación social tras la crisis*. Ariel, Barcelona, 1999, págs. 269 y sigs.). Las materias que fueron objeto de estos Acuerdos se refieren al fomento del empleo, la inserción socio-profesional y laboral de los jóvenes, cooperativismo, acciones de apoyo a las organizaciones sindicales y empresariales en Andalucía, Plan Andaluz de Desarrollo Económico, medidas dirigidas al apoyo de la actividad empresarial, actuaciones en relación con políticas sectoriales (agricultura y pesca, obras públicas y transporte, comercio, turismo, salud...) y creación de órganos y consejos asesores en el ámbito de la Comunidad Autónoma. El progresivo desarrollo competencial y consolidación autonómica ha ido acompañado también de una

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha venido consolidando una forma de gobierno caracterizada por el énfasis puesto en la negociación y la búsqueda del consenso, de forma que, como expresan los propios interlocutores sociales, “la concertación ha sido fruto de la voluntad de los sucesivos Gobiernos andaluces y de los agentes económicos y sociales más representativos” (VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía). El resultado ha sido la existencia de sucesivos acuerdos de concertación social sobre políticas macroeconómicas de crecimiento y desarrollo (Monereo Pérez y Díaz Aznarte, 2008, 118-128) que han ido progresivamente abarcando ámbitos más amplios relativos, como se verá a continuación, al desarrollo y modernización del tejido empresarial, el fortalecimiento de la competitividad, la ordenación del territorio, políticas sectoriales, desarrollo de la sociedad del conocimiento y la información, y, por supuesto, al empleo y a la regulación de las condiciones sociolaborales, así como a políticas de protección social. Estos grandes acuerdos de concertación expresan decididamente la lógica de implicación y corresponsabilidad de los actores sociales (favorecida probablemente por la sucesiva existencia de un gobierno socialdemócrata en la Comunidad Andaluza).

A través de estos sucesivos Acuerdos, desde el año 1993 hasta la actualidad, se ha introducido el diálogo social y la participación institucional en el diseño y la ejecución de la política económica de competencia autonómica. Las

partes sociales han reconocido expresamente las múltiples ventajas y los efectos beneficiosos que la apuesta por la concertación social ha tenido para el desarrollo de la Comunidad Autónoma. Se reconoce así por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma y por el Gobierno andaluz, firmantes de estos Acuerdos, que la continuada política de concertación social en Andalucía ha generado un clima de estabilidad económica que, en general, ha favorecido el desarrollo de las actividades productivas y el proceso de creación de empleo; también se considera que ha contribuido a aumentar la eficacia de la política económica y la incorporación de elementos innovadores en ella.

Todo ello ha supuesto que en el Estatuto de Autonomía de Andalucía (al igual que los Estatutos de otras Comunidades Autónomas, significativamente el de Cataluña, regulado por LO 6/2006) se otorgue una especial relevancia al diálogo y la concertación social, como se pone de relieve en el art. 10.1.20 del EAA, que incluye entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma “El diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”. Aspecto que se reitera en el art. 159 EAA (rubricado “Diálogo y concertación social”), al señalar que “Los sindicatos y las organizaciones empresariales contribuyen al diálogo y la concertación social, y ejercen una relevante función en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”. Para ello, el art. 26.2 EEA “garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma”.

En los sucesivos Acuerdos de Concertación Social en Andalucía se ha puesto de manifiesto repetidamente la necesidad de promover y garantizar la participación institucional de los agentes económicos y sociales en los asuntos públicos de naturaleza socioeconómica en Andalucía. En este sentido, el Consejo Económico y Social de Andalucía es fruto de dicha concertación social puesto que su creación se estableció en el Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía de 1993, con el objetivo de “reforzar los mecanismos de participación de los actores directos del sistema productivo, reafirmando el papel de éstos en el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho” (Apartado IX). El art. 132 EEA define al Consejo Económico y Social como órgano colegiado de carácter consultivo del Gobierno de la Comunidad Autónoma en materia económica y social, cuya finalidad primordial es servir de cauce de participación y de diálogo permanente en los asuntos socioeconómicos”.

La relevancia dada en Andalucía a la concertación social, tanto por el Gobierno autonómico como por los agentes sociales se puso de manifiesto, sin embargo, prácticamente desde el inicio de la autonomía a través de la creación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, por Ley 4/1983, de 27 de junio. Desde su creación, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales ha sido un instrumento permanente del diálogo social y un órgano que ha posibilitado las relaciones entre el Gobierno andaluz y las partes sociales (sobre el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y sobre el Consejo Económico y social de Andalucía, vid. los capítulos correspondientes de esta obra).

En Andalucía se han celebrado hasta el momento 6 grandes Acuerdos de Concertación Social:

1) El primero de ellos fue el ***Acuerdo para el Desarrollo Económico y social de Andalucía, firmado el 17 de mayo de 1993***, por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las organizaciones sindicales más representativas (UGT de Andalucía y CCOO de Andalucía) y la Confederación de Empresarios de Andalucía.

Este primer Acuerdo Tripartito se celebra en un marco definido por una situación de crisis económica, que se había ido manifestando desde finales de 1990, y por la consolidación del Mercado Único en el ámbito de la unión Europea.

Los objetivos que se proponen las partes firmantes de este Acuerdo son:

- La continuación del proceso de renovación y modernización tecnológica
- La configuración de un marco avanzado y realista de relaciones laborales
- La mejora de la cualificación laboral y gerencial
- La reorientación de las actividades productivas hacia aquéllas sustentadas en ventajas competitivas duraderas.

En ese ámbito, el Acuerdo establece dos objetivos irrenunciables: elevar la competitividad del sistema productivo y acelerar la convergencia con las economías europeas más desarrolladas. Y ello como condiciones necesarias para avanzar en el objetivo básico de la política económica: el crecimiento del empleo estable y eficiente.

Este Acuerdo tiene, pues, unos objetivos amplios, configurándose como un instrumento que contribuya a la modernización de la economía andaluza, considerándose que, para ello, el mejor instrumento es la negociación tripartita, superando intereses singulares y aunando la colaboración en algunos elementos de un proyecto también común para la sociedad andaluza.

2) El ***Pacto Andaluz por el Empleo y la Actividad Productiva, firmado el 13 de febrero de 1995***, por el Gobierno Andaluz, los sindicatos UGT y CCOO y la Confederación de Empresarios de Andalucía.

Los objetivos declarados de este Pacto son primar la inversión productiva generadora de empleo; apostar decididamente por el desarrollo de nuevas

iniciativas empresariales en sectores de futuro; consolidar las Pequeñas y Medianas Empresas de Andalucía; favorecer la creación de nuevas empresas, especialmente entre el colectivo de jóvenes; movilizar recursos públicos y privados en iniciativas locales, aprovechando las ventajas comparativas de cada zona, comarca o municipio de nuestra Comunidad; potenciar la formación y los programas de fomento de empleo como instrumentos de lucha contra el paro y la exclusión social; y propiciar que la negociación colectiva cumpla un papel activo en Andalucía.

Las partes sociales consideraron este segundo acuerdo tripartito como un instrumento especialmente importante para apoyar la recuperación económica en Andalucía, con la finalidad de que el crecimiento de la actividad económica pudiera consolidarse durante 1995 y alcanzar una tasa de crecimiento del 3 %, acompañada de la creación de empleo. Se configura como una continuación y desarrollo de las estrategias configuradas en el primer acuerdo tripartito, el Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social para Andalucía de 1993, cuyo nivel de ejecución se considera satisfactorio por los firmantes, aún reconociendo aspectos que, por su especial complejidad y ámbito horizontal de actuación, no han sido completamente desarrolladas, como es el caso del Plan de Desarrollo Rural de Andalucía.

El Pacto Andaluz por el Empleo y la Actividad Productiva contiene un amplio conjunto de medidas que se articulan en tres ejes: elevar la competitividad de la actividad productiva para potenciar el crecimiento económico, mejorar las condiciones de carácter estructural que permitan aumentar la capacidad de la economía andaluza para crear empleo, y potenciar las políticas activas de empleo, priorizando las medidas orientadas hacia aquellos colectivos socialmente desfavorecidos.

En el Pacto, además, se establecen las áreas de actuación sobre las que, a juicio de las partes firmantes, debe incidirse: la planificación del desarrollo de la Comunidad Autónoma de Andalucía; las infraestructuras; la vivienda; la comercialización exterior; formación, inserción profesional y sistema educativo; creación de empleo y promoción sociolaboral; empresa joven; apoyo a las pequeñas y medianas empresas; políticas sectoriales, relativas a los sectores de la construcción, turístico y transporte; modernización y mejora de la competitividad de la agricultura y la pesca; comercio interior; mantenimiento del empleo; relaciones laborales; economía sumergida; y participación institucional.

3) El **Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía**, firmado por el Gobierno Andaluz, la Confederación de Empresarios de Andalucía y las organizaciones sindicales, Comisiones Obreras de Andalucía y UGT de Andalucía, el 21 de abril de 1997.

Nuevamente el objetivo principal de este tercer acuerdo tripartito es la creación de empleo y el desarrollo económico de Andalucía y las partes se rati-



fican en el convencimiento de que la concertación social ha sido y debe seguir siendo uno de los pilares fundamentales de la política económica y social aplicada por la Junta de Andalucía, a través de un proceso de diálogo permanente que ha ido perfeccionándose con el tiempo, permitiendo el desarrollo de las políticas económicas y sociales en un clima social y económico favorable.

Los ejes de desarrollo básicos de este Pacto son: las políticas activas de empleo; el fomento de la actividad empresarial; la planificación económica y territorial; el desarrollo de los sectores productivos; y la negociación colectiva.

En relación a las políticas activas de empleo, las medidas consensuadas se dirigen a: la prospección y el conocimiento de las necesidades de empleo, al objeto de adecuar la oferta y demanda de trabajo; crear un sistema público regional de intermediación en la gestión de empleo; incentivar la creación de empleo, especialmente aquel que incorpore estabilidad y se dirija hacia colectivos que encuentran más dificultad para su inserción en el mercado de trabajo; así como al fomento de empleo mediante fórmulas de organización del tiempo de trabajo.

Completan estas políticas las medidas dirigidas hacia la formación del capital humano, ya que el mismo constituye uno de los factores principales de la competitividad. Todo ello con el planteamiento de que la creación de empleo se debe producir junto a una mejora de las condiciones de trabajo, beneficiosa tanto para los trabajadores como para las empresas.

Se prevén, asimismo, actuaciones orientadas hacia el fomento de la actividad empresarial, dirigidas básicamente hacia las PYMES, al ser éstas la parte más importante del tejido productivo andaluz y la principal fuente de generación de empleo. En este sentido, se prevén en el Pacto instrumentos de apoyo a la financiación de las empresas; actuaciones de modernización empresarial y de investigación y desarrollo tecnológico; medidas de apoyo a la internacionalización de sus actividades; y actividades tendentes a la agilización y simplificación de los trámites administrativos. Se recoge también el compromiso de desarrollar, durante su período de vigencia, un conjunto de medidas destinadas a potenciar los sectores productivos de la economía andaluza y, complementariamente, medidas dirigidas a la normalización de aquellas actividades que constituyen la economía irregular.

Tanto en las políticas activas de empleo como en las de fomento de la actividad empresarial, las partes firmantes acuerdan dar un trato muy especial al colectivo formado por los jóvenes, en el que se concentra con especial intensidad la falta de empleo en Andalucía.

El Pacto otorga un importante papel a la negociación colectiva, incluyendo actuaciones, comprometidas por los agentes económicos y sociales, dirigidas a mejorar el impulso de la misma, con el objetivo de crear más y mejor empleo y de mejorar la competitividad de las empresas.

4) **IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía. Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva.** Firmado el 24 de mayo de 1999, por el Gobierno de la Comunidad andaluza, la Confederación de Empresarios de Andalucía y las organizaciones sindicales UGT de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía, en su condición, como se señala también en los anteriores Acuerdos, de agentes sociales y económicos más representativos.

En este Acuerdo, las partes firmantes se comprometen a la elaboración y ejecución de medidas propuestas en el Pacto anterior pero que, por su naturaleza y complejidad, requieren su continuidad:

- Instrumentos y acciones a favor del empleo, tales como los programas de fomento de la contratación y el Servicio de Información y Colocación en el mercado de trabajo.
- Acciones a favor de la actividad empresarial, como son la mejora del entorno empresarial; el fomento de la cultura emprendedora e instrumentos de apoyo a la financiación de las PYMES.
- La participación institucional concretada en los grupos de trabajo y comités de seguimiento de los planes, programas sectoriales y otras actuaciones cuyo desarrollo se prolonga durante el ámbito temporal del presente Acuerdo.

Junto a ello, el Acuerdo de Concertación contempla un conjunto de actuaciones nuevas: En primer lugar, y en los aspectos relacionados con la planificación estratégica, la elaboración del Plan de Desarrollo Regional 2000–2006, la elaboración del III Plan de Vivienda y Suelo para el período 1999–2002 y la determinación de las estrategias que deben configurar la Política de Desarrollo Rural para los próximos años.

En segundo lugar, se contempla el análisis de nuevas formas para articular, y en su caso, impulsar actuaciones a favor del empleo mediante iniciativas de carácter territorial, siguiendo la experiencia derivada de los Pactos Territoriales de Empleo.

5) **V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía**, de 23 de mayo de 2001, firmado nuevamente por el Gobierno Andaluz, la Confederación de Empresarios de Andalucía y las organizaciones sindicales UGT de Andalucía y Comisiones Obreras de Andalucía. Vuelven a manifestar su compromiso de “contribuir a la creación de empleo y al desarrollo económico de Andalucía, mediante la negociación y concertación de actuaciones y medidas a tal fin, consolidando a ese efecto vías de diálogo”.

En el Acuerdo se establecen como premisa los principales objetivos que se desean alcanzar y que constituyen el presupuesto del mismo: creación de más empleo y de carácter más estable; ampliación del tejido empresarial, mejora de la competitividad e internacionalización de las empresas andaluzas; integración en la sociedad del conocimiento e incorporación de las nuevas tecnologías;

propiciar la mejora de las relaciones laborales, el enriquecimiento de la negociación colectiva, el impulso de la resolución extrajudicial de conflictos laborales y el fomento de condiciones de trabajo igualitarias en función del género; la prevención de los riesgos laborales y la reducción de la siniestralidad laboral.

Partiendo de estos objetivos, el V Acuerdo de Concertación Social se articula en torno a cinco grandes ejes estratégicos: políticas activas de empleo; creación, mejora de la competitividad e internacionalización de las empresas andaluzas; sociedad del conocimiento; planificación económica; y mejora de las relaciones laborales.

Frente a los Acuerdos anteriores, supone una ampliación de los contenidos de la concertación social, al incluir en el mismo nuevas materias, como las relativas a la sociedad del conocimiento, el medioambiente y la prevención de riesgos laborales.

- En el ámbito de las políticas activas de empleo, los programas y actuaciones consensuadas en este Acuerdo se dirigen a: crear más empleo; fomentar la estabilidad en el empleo; favorecer a los jóvenes, mujeres y colectivos más desfavorecidos en el mercado laboral; ayudar a las pequeñas empresas a crear empleo; impulsar iniciativas emprendedoras; y la valorización de los recursos humanos al servicio de la creación de empleo. Como elemento más novedoso, las medidas de fomento al empleo se establecen mediante un sistema de incentivos que se modula en función de dos criterios: por el colectivo al que van dirigidas y por el tamaño de la empresa. Como marco institucional adecuado para la ejecución de las políticas activas de empleo, en este Acuerdo se articula la creación del Servicio Andaluz de Empleo.
- En relación al segundo eje estratégico, los aspectos más novedosos se refieren a: el fomento de la capacidad de emprender iniciativas empresariales; el Programa “Mujer y Empresa”; el marco empresarial del autónomo y del profesional; el apoyo a la consolidación de los sistemas y redes de empresa en Andalucía; la puesta en marcha de un nuevo Plan de Internacionalización de la Economía Andaluza.
- En cuanto al tercer eje estratégico del Acuerdo, la sociedad del conocimiento, se contemplan un conjunto de medidas que avanzan en torno a tres grandes líneas de actuación: la integración de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación al sistema productivo; la investigación, desarrollo tecnológico e innovación; y la difusión y ampliación del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Como elementos más significativos, destacan: actuaciones encaminadas a la implantación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito empresarial; la promoción de la utilización del comercio electrónico por las PYMES; la implan-

tación de la Administración Directa durante 24 horas y la puesta en marcha del Plan Director de Innovación y Desarrollo Tecnológico de Andalucía.

- Se incluye la elaboración conjunta de un Plan Económico, que contemplará los objetivos y estrategias centrales de la comunidad Autónoma de Andalucía para el período 2001–2004. Asimismo se desarrollarán de forma consensuada políticas y planes de carácter sectorial referidos al complejo agroalimentario, la pesca, la industria, la energía y la minería, así como la vivienda, el comercio interior y el turismo.
- Respecto a las relaciones laborales, se recogen en el Acuerdo iniciativas orientadas hacia: el diseño de un marco más ordenado y eficiente de negociación colectiva; el impulso del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales; y la potenciación del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, con el objetivo de conseguir una mayor racionalización y articulación de la negociación colectiva, propiciando la igualdad de género y la integración de colectivos desfavorecidos, como es el caso de los inmigrantes.
- Especial atención se pretende dedicar a las medidas de prevención de riesgos laborales y a la reducción de la siniestralidad laboral. Se acuerda la creación de medidas como: la creación de un Instituto y una Fundación de Prevención de Riesgos Laborales; creación de una unidad específica de prevención y la implantación de programas de formación en los respectivos sectores; la creación, a través de la negociación colectiva sectorial y en sus respectivos ámbitos de aplicación, de coordinadores–asesores en esta materia.
- Por último, el Acuerdo contempla un apartado relativo a la “participación institucional”, en el que se prevé la consolidación de los cauces de participación de los agentes económicos y sociales firmantes, así como su participación en el desarrollo dispositivo de las medidas que se deriven del Acuerdo.

6) **VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía**, firmado en 2005 con vigencia hasta 2008, por el Gobierno Andaluz y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía.

El VI Acuerdo de Concertación Social articula un conjunto de medidas que se clasifican en siete ejes estratégicos:

- El primer eje se refiere a la sociedad de la información y del conocimiento, con el objetivo de incorporar las tecnologías de la información y de la comunicación en el sistema productivo y la sociedad. Las medidas propuestas dentro de este eje se centran fundamentalmente en medidas dirigidas a extender el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, propiciar su

incorporación en el sistema productivo, favorecer las infraestructuras para el desarrollo de los servicios digitales y la investigación y el desarrollo tecnológico e introducir la información y la comunicación en el aprendizaje.

– El segundo eje estratégico se centra en la productividad y la innovación en la economía para mejorar la competitividad del tejido productivo, impulsando el desarrollo tecnológico y la innovación empresarial.

– En tercer lugar, se establece como eje estratégico la cultura de la calidad en el empleo, con el objetivo de crear más empleo, más seguro y de carácter estable. Se incluyen dentro de este eje un conjunto de actuaciones y de medidas que deberán incidir sobre las políticas activas de empleo, la seguridad y salud laboral, las relaciones laborales, la responsabilidad social corporativa, el empleo público, el apoyo a la viabilidad del tejido productivo y del empleo y la “empresa saludable” (entendiendo por tal “aquella que desarrolla en su seno programas y actividades dirigidas a promover la salud de los ciudadanos y ciudadanas en el lugar de trabajo” introduciendo los objetivos de salud pública en el ámbito de la empresa).

Se establece como objetivo principal de la acción concertada la creación de más empleo y de carácter más estable; pero además se considera que la puesta en marcha de las políticas de empleo concertadas han de permitir que se haga realidad el ejercicio de determinados derechos vinculados al acceso al empleo: igualdad real y efectiva, conciliación de la vida laboral y familiar, inserción laboral, intermediación pública eficaz, formación a lo largo de toda la vida activa, integridad física y seguridad y salud en el trabajo.

Las líneas de actuación previstas en el VI Acuerdo de Concertación Social en materia de relaciones laborales se centran en dos ámbitos: la negociación colectiva y la solución extrajudicial de conflictos. Para el desarrollo del sistema de relaciones laborales, del empleo y de su calidad, se considera que la negociación colectiva es un instrumento vertebrador prioritario. Igualmente se considera que el Acuerdo Interprofesional para el Establecimiento de un Sistema extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales en Andalucía (suscrito el 3 de abril de 1996 por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en Andalucía) ha permitido una mejora sustancial del sistema de relaciones laborales, contribuyendo al consenso y al diálogo entre los interlocutores sociales y promocionando la paz social. Por ello, con la finalidad de profundizar en la mejora y potenciación del sistema de negociación colectiva, las partes firmantes se comprometen al desarrollo de las siguientes actuaciones: Fomentar una más racional y articulada estructura de la negociación colectiva; perfeccionar y desarrollar los contenidos de la negociación colectiva; afianzar y perfeccionar los sistemas de solución extrajudicial de conflictos laborales.

– El cuarto eje estratégico se centra en medidas dirigidas a potenciar la capacidad emprendedora para impulsar y ampliar el tejido empresarial. Para

ello se acuerdan líneas financieras de apoyo a las iniciativas empresariales, coordinación de los sistemas y estructuras públicas de apoyo a emprendedores, y mejora del entorno administrativo para facilitar la creación de empresas.

– El quinto eje estratégico está constituido por los sectores productivos, con el objetivo de articular políticas específicas para desarrollar la estructura productiva. Se establecen así medidas específicas dirigidas a los diferentes sectores productivos: agrario y pesquero, industria, energía, minería, comercio, turismo y transportes. También medidas relativas a propiciar una mayor internacionalización y apertura al comercio exterior de las empresas andaluzas, así como medidas de carácter preventivo y disuasorio de la deslocalización total o parcial de la producción (entre ellas, condicionar el mantenimiento de las ayudas públicas al compromiso de la empresa de permanecer un período mínimo de tiempo en el territorio donde reciba dichas ayudas).

– Las políticas de cohesión para conseguir que el crecimiento económico se traduzca en desarrollo socioeconómico, constituye el sexto eje estratégico del Acuerdo, con medidas que se refieren a la planificación económica, el desarrollo rural, la ordenación del territorio y del litoral, la vivienda, el impulso a los Servicios de Atención a las Personas Dependientes y el medio ambiente.

– El último eje estratégico del VI Acuerdo de Concertación Social se centra en el diálogo social permanente para instrumentar los mecanismos de participación institucional. Las partes firmantes reconocen la necesidad de mejorar los cauces de participación institucional y para ello se creará un grupo de trabajo específico que efectúe una propuesta normativa idónea para articular la misma. Además, para propiciar la participación institucional en el seguimiento permanente de las actuaciones, planes y programas que se derivan de este Acuerdo, se establecerán las comisiones, mesas y grupos de trabajo necesarios, que tendrán carácter tripartito y paritario.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV.: *Concertación social, neocorporativismo y democracia*. MTSS. Madrid, 1991
- AAVV.: *Estado de Bienestar, diálogo social y mercado de trabajo*. CES–Principado de Asturias. Oviedo, 2003
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Acuerdos estatales de concertación social y competencias de las Comunidades Autónomas. El caso de la formación profesional”, en Sala Franco, Ramírez Martínez y Borrajo Dacruz (coord.): *Derecho vivo del trabajo y Constitución: Estudios en homenaje al profesor doctor Fernando Suárez González*. La Ley-Actualidad, 2003

- BENITO VALENCIANO, R.: “Diálogo social, concertación social y la construcción democrática de las relaciones sociolaborales”, en *Revista de Derecho Social*, nº 29, 2005
- CANCELA, Ivonne y DUMPIÉRREZ, Andrea: “Diálogo social: legitimador del sistema democrático. Instrumento para la sostenibilidad y sustentabilidad de la paz social”. Boletín Cinterfor/OIT (2ª época) Nº 156. Organización Internacional del Trabajo, Montevideo, mayo de 2005
- CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A.P.: “Las relaciones laborales en 1989, del conflicto a la renovación de la concertación social: ¿un modelo distinto de concertación social?”, en *Revista de Trabajo*, nº 98, 1990.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: “30 años de Constitución. 15 años del CES. Un camino de diálogo”. *Cauces. Cuadernos del Consejo Económico y Social*. Nº 6/7, otoño–invierno 2008/2009.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “La reforma laboral de 2006 en el marco de la concertación social”, en Cruz Villalón (coord.): *La reforma laboral de 2006*. Lex Nova, 2006
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales” y “El Consejo Económico y Social de Andalucía”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir.): *El Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009, pág. 321 y sigs.
- GIUZIO, Graciela: “Los sujetos del diálogo social. Los sindicatos, los empleadores y sus organizaciones y el Estado. Experiencias concretas en América Latina y Europa”. Boletín Cinterfor/OIT (2ª época) Nº 156. Organización Internacional del Trabajo, Montevideo, mayo de 2005
- GRAÑA, François: *Diálogo social y gobernanza en la era del Estado mínimo*. Cinterfor/OIT. 2005. Montevideo. Papeles de la Oficina Técnica, 16. (<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/papel/16/index.htm>)
- MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y Diálogo Social*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Gobernanza y políticas de buena administración: El Estatuto Básico del Empleado Público”, en Monereo Pérez, Molina Navarrete, Olarte Encabo y Rivas Vallejo (dirección y coordinación): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*. Editorial Comares. Granada, 2008.
- MORENO VIDA, M. N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*. Editorial Universidad de Granada, Granada, 1989.
- MORENO VIDA, M. N.: “La naturaleza jurídica de los Pactos Sociales”, en Ojeda Avilés (Dir.): *La Concertación Social tras la crisis*. Ariel, 1990

- MORENO VIDA, M. N.: “La función de los grandes Acuerdos Interconfederales”. En Monereo Pérez (Coord.): *La Reforma del Marco Normativo del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida: Puntos críticos*. Edit. Comares. Granada, 1999.
- OJEDA AVILÉS, A. (Dir.): *La concertación social tras la crisis*. Ariel. Barcelona, 1990
- VANACLOCHA BELLVER, F.: *Estudio sobre el desarrollo por ley ordinaria del artículo 131 del texto constitucional*. Madrid, 1980.



# LEYES DE PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL Y CONSEJOS DE RELACIONES LABORALES EN EL ACTUAL MAPA AUTONÓMICO

JAVIER CALVO GALLEGO

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

## **EXTRACTO Palabras Clave: Participación Institucional, Consejos de Relaciones Laborales**

El desarrollo de las competencias autonómicas en materia laboral y la potenciación de las estructuras “regionales” en nuestros principales agentes económicos y sociales han sido, y aún son en buena parte, dos fenómenos que se retroalimentan. Lejos de actuar de forma autista, las CCAA, y entre ellas destacadamente Andalucía, han sido pioneras en potenciar un amplio diálogo con los principales sindicatos y asociaciones empresariales, que ha llevado a una amplia participación institucional de aquellos, e incluso a la firma de muy distintos acuerdos de concertación social.

En estas páginas se analizan dos de los reflejos más claros de esta peculiar retroalimentación entre poderes públicos y agentes sociales autonómicos: la primera se centraría en un conjunto de normas que podríamos unificar por su carácter de leyes de participación institucional. En segundo lugar, y desde una perspectiva más orgánica, se indagará en los Consejos de Relaciones Laborales, como órgano específicamente autonómico, que en algunos casos ha desarrollado o aspira a desarrollar un papel central en la construcción de esos sistemas autonómicos de relaciones laborales a los que ya de forma expresa hacen referencia algunos de los Estatutos recientemente reformados.

## **ABSTRACT Key Words: Institutional Participation, Industrial Relations Committees**

The development of autonomic competences on labour issues and the empowerment of “regional” structures in our main economic and social agents have been, and continue to be for the most part, two phenomena that feedback on each other. Far from working in an autistic way, Autonomous Communities, and in particular Andalusia, have pioneered the empowerment of dialogue with the main trade union and employers’ organisations, which has led to the wide institutional participation thereof, and even to the signing of different social agreements.

These pages analyse two of the clearest results of this feedback between public authorities and regional social partners: the first, focuses on a number of regulations that, due to their content, could be unified as laws on institutional participation; secondly, and from a more organic perspective, Industrial Relations Committees will be examined as a specific regional body which in some cases has developed, or aspires to develop, a core role in building these regional industrial relations systems, expressly mentioned in some of the reformed Statutes.

**ÍNDICE**

1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y REGIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES. LA RETROALIMENTACIÓN ENTRE NUEVOS PODERES PÚBLICOS Y NUEVAS ESTRUCTURAS EN LOS AGENTES SOCIALES
2. LEYES AUTÓNOMICAS DE PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL
  - 2.1. El contexto
  - 2.2. Elenco de normas y proyectos autonómicos
  - 2.3. Características generales y núcleos temáticos
  - 2.4. Normas generales y criterios de delimitación: objeto, ámbito de aplicación y criterios de selección de los agentes sociales
    - 2.4.1. Objeto y definición de la participación institucional
    - 2.4.2. Ámbito de aplicación
    - 2.4.3. Criterios de selección de los sujetos representativos y número de representantes: el principio de paridad
  - 2.5. Contenido y ámbitos de la participación
  - 2.6. Régimen jurídico de los representantes.
  - 2.7. Financiación
  - 2.8. Comisión de evaluación
3. LOS CONSEJOS DE RELACIONES LABORALES
  - 3.1. Una realidad extendida y diversa
  - 3.2. Aspectos generales: origen, naturaleza, composición
  - 3.3. Competencias y funciones
  - 3.4. Estructura y funcionamiento

## **1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y REGIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES. LA RETROALIMENTACIÓN ENTRE NUEVOS PODERES PÚBLICOS Y NUEVAS ESTRUCTURAS EN LOS AGENTES SOCIALES**

Cuando hace ya más de treinta años se inició el proceso de construcción del Estado Autonómico, la inmensa mayoría de la doctrina iuslaboralista española que abordó el tema aventuró una escasa o muy reducida trascendencia a estos nuevos Poderes Públicos que de forma voluntariamente ambigua diseñaba nuestra Constitución. La extraordinaria importancia que en aquel momento se prestaba a la función legal, reservada exclusivamente al Estado, y, en menor medida, la fuerte concentración de poder en las estructuras estatales de los principales agentes sociolaborales, llevó a considerar que el papel de estos nuevos sujetos sería reducido o ciertamente limitado. Y ello porque además partíamos de un modelo de relaciones laborales como el español, ya de por sí fuertemente centralizado tras cuarenta años de dictadura franquista, y en el que la única “descentralización” apreciable parecía provenir en aquel momento de la estructura provincial de los convenios que afectaban a la mayor parte de la población asalariada.

Treinta años después, y tras una segunda hornada de reformas estatutarias que ha profundizado ampliamente este proceso descentralizador, es obvio que la realidad a la que nos enfrentamos hoy en día es bien distinta de aquella que en aquel momento preveíamos<sup>1</sup>.

Fuertemente motivadas por la importancia de los problemas que sufrían los mercados de trabajos durante las dos últimas décadas del siglo pasado, casi todas las CCAA han sabido buscar y, a nuestro juicio, ciertamente han sabido encontrar, un “lugar” cada vez más importante en el desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales. La progresiva importancia de las políticas de empleo en las nuevas concepciones del mercado de trabajo, y el hecho de que, como antes políticos que son, las CCAA puedan dotar de una orientación propia a dichas políticas, ha potenciado el papel de estos sujetos que son, no cabe olvidarlos, centrales en aspectos básicos como la intermediación y el acompañamiento del demandante de empleo, las labores de formación permanente a lo largo de toda la vida, o en el desarrollo de otras medidas de fomento articuladas en torno a títulos competenciales que no siempre son el art. 149.1.7 CE. Si a ello unimos la progresiva asunción de competencias de integración y ahora también de ejecución en el empleo de extracomunitarios<sup>2</sup>, el desarrollo de medidas, incluso legislativas y con facetas sociales en relación con la discriminación y/o la violencia de género, la importante labor desarrollada en materia de prevención o, por mencionar un último tipo de actuación, el impacto mediático de ciertas decisiones administrativas con trascendencia en el empleo –destacadamente la tramitación de expedientes de regulación de empleo– tendremos las razones de una notable revalorización de este papel ejecutivo y autonómico en nuestro sistema de relaciones laborales, ligado a un mercado en donde ideas como la empleabilidad –o mejor, la ocupabilidad–, la flexiguridad, la igualdad de la mujer y la cohesión social, o la búsqueda de mercados transicionales son cada vez más importantes<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Para una más amplia referencia bibliográfica nos remitimos a la que ya incorporamos en el trabajo “El papel de las CCAA en el actual sistema de relaciones laborales”, en AAVV., *Intervención pública en las relaciones laborales* (Coord. A. Galán), Tecnos, CARL, 2000, p. 104 y ss.

<sup>2</sup> Sobre esta nueva consideración de la concesión de ciertas autorizaciones como una actuación ejecutiva en materia laboral, por todos, C. Molina Navarrete, “La segunda fase en la construcción del nuevo Estado Social autonómico: claves socio-laborales del Estatuto de Andalucía”, en AAVV., *la dimensión socio-laboral de los nuevos estatutos de autonomía. Un estudio particular de los estatutos andaluz y catalán*, (coord.. C. Molina), CARL, 2007, p. 119 y ss.

<sup>3</sup> Un buena escenificación de lo que decimos puede obtenerse comparando el ya clásico trabajo de VVAA, *Las relaciones laborales en Andalucía* (dir. A. OJEDA), IDR, Universidad de Sevilla, 1987, con el que casi veinte años después publicara el mismo CARL bajo el título *Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía* CARL, Mergablum, 2004.

Pero junto a este progresivo redescubrimiento de la trascendencia de sus funciones –lógica y necesaria, por otra parte, dada las claras diferencias territoriales que presenta el mercado de trabajo español–, otro dato que no debe olvidarse es que, en el desarrollo de sus políticas socio-laborales, buena parte de las CCAA han sabido fomentar la creación de estructuras territoriales cada vez más poderosas entre los principales agentes sociales y empresariales de nuestro país. Seguramente hoy nadie recuerda –o incluso es difícil de creer entre nuestros alumnos más jóvenes– que las dos principales organizaciones sindicales andaluzas sólo adquirieron personalidad jurídica en la segunda década de los años ochenta<sup>4</sup>. Y ello porque hoy resulta obvio el peso cada vez más importante que estas estructuras horizontales están tomando en los ámbitos sindicales y empresariales de nuestro país.

En cualquier caso lo importante es que el desarrollo de las competencias autonómicas y la potenciación de las estructuras horizontales “regionales” de nuestros agentes sociales han sido, y aún son en buena parte, dos fenómenos paralelos que en gran medida se retroalimentan. Y ello porque lejos de actuar de forma autista, las CCAA, y entre ellas, destacadamente Andalucía, han sido pioneras en potenciar un diálogo ciertamente amplio con los agentes sociales que, en el caso de nuestra Comunidad Autónoma, ha dado lugar a seis acuerdos de concertación social, cada vez más amplios y que de forma progresiva tienden a desbordar el estricto campo laboral para insertarse en las políticas sociales, sectoriales e incluso económicas; unos acuerdos en los que –podríamos decir simplificando una expresión casi política– todos ganan. Y ello ya que a través de este proceso –se dice– los Poderes Públicos no sólo obtienen una mayor eficiencia y legitimación de su actuación, sino que también –se asevera– los agentes sociales consiguen igualmente extender su ámbito de actuación a campos a veces ciertamente alejados de la relación laboral, pero que, evidentemente, tienen un amplio impacto en ese subsistema social que son las relaciones laborales.

Esta retroalimentación, y el fuerte apoyo de los Poderes Públicos a iniciativas pioneras como en su momento fueron, por ejemplo, los sistemas autonómicos de solución de conflictos desarrollados a nivel autonómico, están potenciando una progresiva regionalización de las relaciones laborales e incluso de parte de la negociación colectiva que, por ejemplo en Andalucía, es objeto de “recomendaciones” diseñadas en los Acuerdos de Concertación Social y nego-

<sup>4</sup> Concretamente UGT-A el 7 de julio de 1988 –publicado en BOJA de 19 de julio de 1988, n. 57– y CCOO Andalucía el 26 de enero de 1988 –BOJA n. 9 de 5 de febrero de 1988–. En cambio la adquisición de personalidad jurídica por parte de la CEA se produce mucho antes en mayo de 1979.

ciadas en el CARL, y que en el caso de Cataluña han dado lugar incluso a Acuerdos Interprofesionales de indudable interés. Pero sobre algunos de estos temas volveremos algo más tarde.

Por ahora nos interesa destacar cómo en estas páginas, dedicadas al número 100 de la Revista Temas Laborales, intentaremos dar una breve noticia –pues poco más cabe hacer en un trabajo de estas dimensiones– de dos de los reflejos más claros de esta peculiar retroalimentación entre Poderes Públicos y agentes sociales autonómicos: la primera se centraría en un conjunto de normas que podríamos unificar por su carácter de leyes de participación institucional. Y, en segundo lugar, desde una perspectiva más orgánica, intentaremos analizar, si tan siquiera sea brevemente, las similitudes y diferencias entre los Consejos de Relaciones Laborales, como tipo de órgano clara y específicamente autonómico, pero que en ciertas Comunidades, ha desarrollado –o, en algunas de nueva creación, aspira a desarrollar–, un papel central en la construcción de esos sistemas autonómicos de relaciones laborales a los que ya de forma expresa hacen referencia algunos de los nuevos Estatutos recientemente reformados.

## **2. LEYES AUTONÓMICAS DE PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL**

### **2.1. El contexto**

Para comprender las causas del primero de los dos fenómenos que es objeto de nuestra atención quizás debemos partir –más allá de recordar la consecuente democratización horizontal que suponen todos estos procesos, sus diversas causas y su clara recepción constitucional y legal a nivel estatal– de tres ideas fundamentales.

La primera es que, en su inmensa mayoría, los sucesivos Estatutos de Autonomía han hecho suyos o incluso han promocionado claramente esta idea de participación institucional, a veces específicamente referida a los agentes sindicales y empresariales en el ámbito laboral. Baste recordar preceptos como los art. 43 y 45 de la LO 6/2006 de de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los artículos 10, 159 y 173 de la LO 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Andalucía; los art. 15.1 y 27.2 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares –en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears–; o el art. 16 de la LO.14/2007, de 30 noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, para comprender como en los mismos no sólo se tiende a reconocer el derecho a participar de forma individual o colectiva en la

vida política, económica, cultural y social de la respectiva Comunidad Autónoma, atribuyendo a los poderes públicos la promoción de la participación de los agentes económicos y sociales del conjunto de la sociedad civil en los asuntos públicos. Yendo más allá, en algunos de ellos se destaca expresamente este papel de sindicatos y asociaciones empresariales como vehículos de participación en el campo sociolaboral, incorporando incluso menciones al valor de instituciones distintas pero cercanas como la concertación y el diálogo social como instrumentos indispensables de cohesión social. Y de hecho, en alguno de estos Estatutos se llega incluso a reconocer a estos sujetos—eso sí, siempre que cumplan las condiciones previstas en el ordenamiento jurídico— “las facultades y prerrogativas institucionales que tienen asignadas y su ineludible participación en la vida administrativa pública, ya que con ello contribuyen a la satisfacción de los intereses generales mediante el ejercicio de su función”.

La segunda observación que nos gustaría destacar es que, sin podernos detenernos aquí—ya que no es nuestra misión— en un análisis detenido del desarrollo a nivel autonómico de esta participación institucional, los excelentes estudios existentes en la actualidad señalan la presencia de una notable dispersión, de una cierta duplicidad con los órganos estatales o incluso de un auténtico “caos de derecho”<sup>5</sup> en el desarrollo de esta institución a nivel autonómico y/o local. En muchas ocasiones la participación institucional a nivel autonómico parece desarrollarse de forma aluvional, dispersa y descoordinada, privada de una necesaria coordinación entre los distintos ámbitos en los que se desarrolla, y, desde luego, de los medios imprescindibles que debieran haberse puesto a disposición de los propios agentes sociales para el efectivo desarrollo de su actuación. Y es que la auténtica efectividad de esta participación, más allá de la mera presencia formal pero ineficiente de unos mismos sujetos que se reiteran en los distintos órganos de participación institucional, sobre todo en el ámbito laboral, requeriría, en primer lugar, una cierta estructura o arquitectura racional del conjunto de todo este sistema, y, en segundo lugar, la atribución de unos medios materiales y personales destinados a los agentes sociales que, desde luego, no parecen cubrirse realmente con las meras dietas y la cobertura de gastos de reuniones, y que además, encuentra un obstáculo tradicional en la rígida posición, sobre todo de los tribunales de lo contencioso-administrativo, en relación con la concesión de subvenciones a las organizaciones más representativas<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> La expresión la tomamos de la reciente monografía de L. Mora Cabello De Alba, *La participación institucional del sindicato*, CES, Madrid, 2008, p. 199 a quien se reenvía para un estudio más detenido de todas estas cuestiones.

<sup>6</sup> Seguramente por el impacto en la misma de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional que comienzan con la S. 20/1985, de 14 de febrero y continúan con las STC 26/1985 de 22 de febrero y 72/1985, de 13 de junio. De acuerdo con esta doctrina, el otorgamiento de una

Finalmente, la tercera de las premisas que deben ser tenidas igualmente en cuenta a la hora de entender estas normas es que en ella se unen e interactúan dos ámbitos competenciales<sup>7</sup>. En primer lugar, es obvio que en la creación o delimitación de las instancias en las que se desarrollará esta institución entrará en juego básicamente la capacidad de autoorganización de la específica Administración competente. De ahí que en este punto la capacidad de la Comunidad Autónoma sea ciertamente amplia. Pero, en segundo lugar, el hecho de que la participación institucional sea una de las facultades atribuidas por los art. 6 y 7 de la Ley Orgánica a las organizaciones sindicales más representativas –como “contenido esencial de la libertad sindical más plena que puede corresponder a todo sindicato más representativo”<sup>8</sup>–, o que la participación institucional de las asociaciones empresariales pueda considerarse como legislación laboral –DA 6 ET–, no significa que en la selección de estos sujetos las CCAA carezcan de toda capacidad. Y ello porque, como ya resaltó el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 98/1985 de 29 de julio, “en cuanto a la representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista [art. 6.3 a)], debe entenderse que la Ley se limita a establecer la capacidad representativa de los sindicatos que tengan el carácter de más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma (art. 7.1 del Proyecto), pero no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, integren además en sus propios órganos a otros sindicatos que no tengan esta consideración legal”. De ahí que la legislación estatal marque necesariamente un mínimo que debería ser respetado por la legislación autonómica, pero que también ésta pueda ampliar el círculo de posibles sujetos, siempre, obviamente, que se respeten las mismas exigencias constitucionales derivadas del necesario respecto a los art. 14 y 28 CE.

## 2.2. Elenco de normas y proyectos autonómicos

En este contexto aluvional y disperso, pero fuertemente favorable al fenómeno participativo, han ido surgiendo, como decimos, diversas normas auto-

---

aportación pública –con independencia de que pueda o no calificarse como subvención– para fines genéricos o indeterminados exclusivamente a los sindicatos más representativos sería contraria a la norma constitucional, sirviendo, todo lo más como criterio de prelación, primacía o ventaja, sin que pueda tener carácter exclusivo ni excluyente, y que, por tanto no conduzca a resultados desproporcionados o carentes de cualquier legitimación –STC 147/2001, de 27 de junio-. Véase, por ejemplo, la STS de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1425)

<sup>7</sup> Por todas, la conocida STC 35/1982, de 14 de junio, a propósito del Consejo de Relaciones Laborales Vasco.

<sup>8</sup> Sentencia Tribunal Constitucional núm. 39/1986 (Sala Primera ), de 31 marzo.

nómicas que han intentado establecer un marco general para la participación institucional de los agentes sociales y económicos en al menos cuatro administraciones autonómicas, a las que, además, debe añadirse algún anteproyecto que, sin embargo, y por diversos avatares, no parece haber llegado a promulgarse definitivamente.

Organizadas cronológicamente, la primera de estas normas sería, sin duda, la Ley 7/1995 de 28 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Madrid, de participación de agentes sociales en las Entidades Públicas de la Administración de la Comunidad<sup>9</sup>. Esta norma fue seguida, a principios de esta década, por la Ley 3/2003, de 13 marzo, de la Junta de Extremadura, sobre participación institucional de los Agentes Sociales más representativos<sup>10</sup>, y, de forma mucho más reciente, por la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León, de Creación del Consejo del Diálogo Social y de regulación de la Participación Institucional<sup>11</sup>. Finalmente, la última y la más reciente de estas normas ha sido la Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia publicada poco antes de las elecciones autonómicas en dicha Comunidad<sup>12</sup>.

Junto a ellas cabe destacar igualmente el Anteproyecto de Ley de Participación Institucional en Cataluña, que fue remitido al Consejo de Trabajo Económico y Social de esta Comunidad para su evaluación en abril de 2006, sin que se hayan tenido más noticias del mismo, salvo, seguramente, su carácter de precursor de la posterior Ley 1/2007 de 5 de junio, que será estudiada con posterioridad al abordar la creación del Consejo de Relaciones Laborales de dicha Comunidad.

A dar un resumido análisis del contenido de estas cuatro normas están destinadas las siguientes líneas.

### 2.3. Características generales y núcleos temáticos

Como se observa fácilmente, en los cuatro casos ya promulgados, se trata de normas de rango legal. La elección de este tipo de fuente es consecuencia, seguramente, no sólo de las exigencias del art. 129.1 CE –STC 39/1986 de 31 de marzo–, o del posible impacto que estas normas debieron tener sobre la propia composición y funcionamiento de órganos administrativos sectoriales,

<sup>9</sup> BO. Comunidad de Madrid 10 abril 1995, núm. 85; BOE 18 julio 1995, núm. 170. Rectificación en el BO. Comunidad de Madrid 8 mayo 1995, núm. 108.

<sup>10</sup> DO. Extremadura 22 marzo 2003, núm. 35.

<sup>11</sup> BO. Castilla y León 23 octubre 2008, núm. 205.

<sup>12</sup> DOG de 19 de enero de 2009. Un primer comentario a la misma en <http://eduardorjobero.blogspot.com/2009/01/la-participacin-institucional-en.html>



sino también por la importancia de la cuestión y su trascendencia para otras múltiples normas de rango legal y/o reglamentario que regulan esta participación en sectores específicos de las respectivas Administraciones autonómicas.

En segundo lugar, debe destacarse como normalmente el tema es abordado de forma monográfica, seguramente por el deseo de construir un marco general de referencia que intente dar una “cabeza de capítulo” a una regulación que, como ya hemos señalado, ha sido tratada habitualmente en nuestras Comunidades Autónomas de forma dispersa y desestructurada. No obstante cabe destacar como modelo alternativo el utilizado por la CA de Castilla y León –quizás no muy afortunado, eso sí en cuanto a su orden de exposición– y que tiene, al menos a nuestro juicio, la virtud de destacar intuitivamente el aspecto nuclear o central del Consejo de Diálogo Social en el seno de dicha participación –como, por otra parte, ya se deducía del propio contenido de su Estatuto de Autonomía reformado<sup>13</sup>–.

En tercer lugar, es obvio que, compartiendo elementos comunes –en ocasiones, auténticas repeticiones de una norma a otra, sobre todo en el caso de las normas madrileña y extremeña–, las Exposiciones de motivos de las cuatro leyes autonómicas que son objeto de análisis presentan diferencias derivadas, básicamente, de su distinta ubicación temporal, y la incidencia que sobre las mismas ha podido tener el reciente proceso de reforma estatutaria o la concertación desarrollada difusamente en nuestro país a nivel autonómico.

En este sentido, entre los elementos comunes a todas ellas destaca la obvia referencia normativa tanto a los preceptos constitucionales básicos en materia de participación –fundamentalmente el art. 9.2 CE– como al Convenio 150 OIT, al mismo tiempo que se destaca igualmente la importancia de la participación social e institucional en nuestro nuevo modelo de Estado y el reconocimiento constitucional del papel institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas –art. 7 CE–. De hecho, si tuviéramos que destacar alguna peculiaridad, recordaríamos la expresa mención de la norma gallega a la Comunicación de la Comisión de de 12 de agosto de 2004 sobre el diálogo social europeo, y que, sin embargo, omite cualquier referencia a otros textos quizás más específicos –como la Comunicación de la Comisión “El diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio”<sup>14</sup>– o a la existencia de otros órganos o instituciones más trascendentes como, por mencionar sólo la más reciente, la creación de la Cumbre Social Tripartita mediante la Decisión 2003/174/CE del Consejo, que inscribe la concertación tripartita a escala

<sup>13</sup> Art. 16.4 del Estatuto de Castilla y León modificado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre

<sup>14</sup> De 26.6.2002 COM(2002) 341 final

europea en un nuevo marco de cuatro ámbitos: el diálogo macroeconómico, el empleo, la protección social y la educación y la formación.

Y en cuarto lugar cabría destacar que más allá de sus lógicas diferencias –derivadas de su distinta ubicación geográfica y temporal– el contenido de estas normas responde en esencia a cuatro grandes núcleos temáticos. Uno, primero, de identificación de su ámbito de aplicación y de selección de los sujetos de esta participación. El segundo, a nuestro juicio fundamental, que podríamos situarlo en la delimitación del contenido de esta participación. El tercero, en su caso, abordaría el régimen jurídico de los concretos representantes. Y finalmente el cuarto se centraría –tomando prestada la redacción en este punto de las leyes madrileña y extremeña– en regular “las reglas de reparación económica de los gastos en que incurran a causa de las funciones que se deriven de dicha participación”. Este será, por tanto, el esquema básico de nuestra indagación que seguirá en buena parte el mismo orden y estructura de las normas analizadas.

## **2.4. Normas generales y criterios de delimitación: objeto, ámbito de aplicación y criterios de selección de los agentes sociales**

### **2.4.1. *Objeto y definición de la participación institucional***

En general, las cuatro normas que son el centro de nuestro análisis comienzan su articulado –o la parte de su articulado dedicado a este tema en el caso de la normativa castellano-leonesa– delimitando su objeto de una forma relativamente similar. Y es que en todas ellas se hace referencia al establecimiento de un “marco” normativo de la participación institucional de los agentes sociales. Se trata, por tanto, de normas que, al menos en teoría, pretenden dar un cierto orden, estructura y reglas generales a una realidad preexistente de participación institucional, dotándola de una cierta coherencia interna, al mismo tiempo que se especifican y concretan sus ámbitos, se intensifica su función y se facilita su desarrollo por los agentes sociales.

Sin embargo, resulta llamativo que en tan sólo dos de estas cuatro normas –eso sí, las dos más recientes– se haya optado por definir expresamente el propio concepto de participación institucional de una manera, por lo demás, ciertamente similar.

Seguramente, en esta omisión haya pesado especialmente la dificultad de precisar un concepto como éste anfibológico y escurridizo. Y es que basta una lectura de la jurisprudencia constitucional para constatar como durante mucho tiempo incluso el propio Tribunal Constitucional español se ha cuidado mucho de proporcionar una definición clara, expresa y omnicomprensiva de qué debe entenderse por participación institucional. Más allá de expresiones genéricas

como las de “participación de los sindicatos en el ejercicio de las funciones públicas” –STC 20/1985 de 14 de febrero–, nuestro Tribunal Constitucional ha delimitado sobre todo de forma genéricamente negativa este concepto al indicar, por mencionar algunos datos, que no se entiende como forma de participación institucional la integración sindical en la Comisión de seguimiento de un Plan de Reconversión Naval –STC 9/1986 de 21 de enero–, la participación en las Comisiones de seguimiento del AES –STC 39/1986, de 31 de marzo– o la presencia sindical en los órganos administrativos de computo de las elecciones sindicales –STC 7/1990, de 18 de enero–. Y ello normalmente por no tratarse de estructuras organizativas permanentes integradas en la estructura administrativa correspondiente, sino de simples comisiones de seguimiento de acuerdos sectoriales o de concertación social que, por tanto, quedarían excluidas de este ámbito y limitadas a los firmantes de los mismos. Del mismo modo que también quedarían o deberían quedar excluidos de este concepto, al plantear problemas desde el punto de vista de discriminación o de violación de la libertad sindical de los sindicatos excluidos de la mayor representatividad, aquellos órganos en los que se aborden temas que no se refieran a los intereses generales de los trabajadores como clase o colectivo, sino de interés específico de las organizaciones sindicales en cuanto tales<sup>15</sup>.

Desde esta perspectiva, y de otras que ofrecen, por ejemplo, las SSTS de 17-10-1997 (RJ 7778) o la muy destacable de 19-1-2000 (RJ 268)<sup>16</sup> parece razonable la definición que proporciona el art. 1.2 de la ley gallega cuando señala que la participación institucional presupone, “el ejercicio de tareas y actividades de promoción y defensa en el seno de la Administración autonómica, sus organismos públicos y entidades públicas de los intereses generales, comunes, sectoriales e intersectoriales que corresponden a todos los trabajadores y trabajadoras y a los empresarios y empresarias “. Y ello porque en este caso las expresas referencias al carácter intersectorial y general de unos intereses que serían de los trabajadores y no de las propias organizaciones delimita perfectamente esta realidad y excluye, a nuestro juicio con acierto, los posibles problemas que podría plantear la más escueta referencia del art. 11.2 de la norma castellano-leonesa que identifica –a los efectos, eso sí, de dicha ley– dicha participación institucional con “el ejercicio de tareas y actividades de promoción y defensa, en el seno de la Administración, de los intereses que le son propios a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”.

<sup>15</sup> Este sería el caso de los organismos de cómputo de las elecciones sindicales resuelto en la STC 7/1990 de 18 de enero, o de la Comisión Consultiva del Patrimonio Sindical resuelto en la STC 183/1992, de 16 de noviembre-.

<sup>16</sup> Dado lo esquemático de estas notas no haremos mención aquí a la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, en algunos momentos ciertamente confusa. Véase en este sentido a la STS 5-10-1989 (RJ 8159) o la STS 19-6-1998 (RJ 5913).

### 2.4.2. *Ámbito de aplicación*

En segundo lugar, las cuatro leyes que examinamos abordan igualmente la delimitación de su ámbito de aplicación. Y en este campo seguramente una de las más confusas por su técnica de agregación y su dispersión dentro de una regulación no espacialmente extensa, es la legislación autonómica madrileña. En este sentido, el art. 2 de la Ley 7/1995 de 28 de marzo comienza señalando que su ámbito su aplicación se extiende a las “Entidades Públicas de la Comunidad de Madrid que tengan atribuidas competencias en materia socioeconómica”, especificando que “sin perjuicio de lo dispuesto en su caso en otras normas específicas reguladoras de cada supuesto concreto” “los órganos en los que se hará efectiva la participación objeto de la presente norma serán los Consejos Asesores de las Entidades de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid”<sup>17</sup>. Además esta misma Ley señala que igualmente “se entenderán comprendidos en el ámbito de la presente Norma los Consejos creados como órganos consultivos o de asesoramiento de la Administración de la Comunidad de Madrid en materias de índole socioeconómica”. Y finalmente la DA 1 establece que “la presente Ley incorpora la actual participación de los agentes... en los Consejos de Administración de las Entidades Públicas de la Comunidad de Madrid, que se rige por su legislación específica”, así como –DA 2– que los criterios de participación paritaria previstos se aplicarán, además, al Consejo de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Instituto Madrileño para la Formación.

En definitiva, parece que del conjunto de esta regulación, cuanto menos confusa, cabe extraer cuatro ámbitos a los que se extendería la misma:

- Consejos asesores de las Entidades de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid<sup>18</sup>
- Consejos creados como órganos consultivos o de asesoramiento de la Administración Autónoma
- Consejos de Administración de las Entidades Públicas de la CA Madrid

<sup>17</sup> Véase sobre estos conceptos la Ley 1/1984 de 19 de enero de Regulación de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid

<sup>18</sup> Véase art. 7 de la Ley 1/1984 de 19 de enero de Regulación de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Madrid. “1. Los Órganos de Gobierno de los Organismos Autónomos son: el Consejo de Administración, su Presidente, el Gerente y, en su caso, el Consejero Delegado. 2. Por Decreto del Consejo de Gobierno podrán crearse Órganos de asesoramiento y participación llamados Consejos Asesores, cuyos miembros serán nombrados a propuesta y en representación de Asociaciones Ciudadanas, de usuarios, sindicales, profesionales o empresariales”.

- el Consejo de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Instituto Madrileño para la Formación

De estos cuatro ámbitos quizás el más llamativo sea el tercero de ellos, ya que debe ponerse en contacto con el fuerte proceso de creación de institutos y agencias que ha tenido esta concreta Comunidad Autónoma, si bien debe señalarse que, de los estudios al respecto, se deduce que “el reparto de vocalías entre la representación pública y los sindicatos y asociaciones empresariales deja a estos últimos en minoría en la mayor parte de ocasiones... salvo la formación paritaria del Consejo de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Consejo de Administración del Instituto Madrileño para la Formación y en el Consejo de Administración del Servicio Público Regional de Empleo”<sup>19</sup>.

Con una técnica algo menos confusa y bastante más simple, el art. 2 de la Ley 3/2003 extremeña, se limita en principio a señalar que “la presente Ley será de aplicación respecto a los órganos de asesoramiento y participación socioeconómicos que la legislación vigente contemple en los distintos Organismos e Instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y de acuerdo con las normas reguladoras de las mismas.” Se trata, por tanto, de una definición ciertamente simple, que parece asumir la participación ya existente –“de acuerdo con las normas reguladoras de las mismas”–y que delimita igualmente de forma negativa su ámbito de aplicación al aclarar –pues la inexistencia de representación institucional es evidente en estos casos–que “la presente Ley no será de aplicación a los órganos sectoriales de participación o negociación colectiva en el ámbito del empleo público, que se regirá por su legislación específica”<sup>20</sup>. Finalmente la norma extremeña se cierra con una referencia cuanto menos confusa, en la que sin excluirla expresamente sí parece destacarse que “la participación de las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales más representativas en los órganos de administración de empresas públicas en las que tengan legalmente reconocida su presencia, se regirán por su legislación específica.”

En tercer lugar, al menos cronológicamente, el art. 12 de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León se limita sumariamente a señalar que “las normas de esta Ley, reguladoras de la participación institucional, serán de aplicación a todos los órganos de participación de la Administración General e Institucional

<sup>19</sup> Sobre la participación institucional en la CA Madrid, véase el muy documentado trabajo de L. Mora Cabello De Alba, *La participación institucional del sindicato*, CES, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> Y ello porque evidentemente en este caso no se trata de representación de los trabajadores como clase sino de una representación de intereses por parte de los sindicatos más o suficientemente representativos en ese concreto ámbito laboral.

de la Comunidad de Castilla y León, en los términos que establezca la normativa específica en cada caso y con independencia de las funciones y competencias de dichos órganos”; esto es, que no parece que cree un derecho de participación en un tipo general de órgano, sino que se limita a asumir los entes públicos en los que ésta ya existe para aplicarle las reglas que a continuación analizaremos. Y de hecho, este mismo artículo se cierra con una referencia similar a la existente en la normativa extremeña y de acuerdo con la cual “están excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los órganos de participación relacionados con el empleo público de la Administración de la Comunidad”.

Ya por último, la muy reciente norma gallega regula extensamente su ámbito de aplicación incluyendo en él a los órganos de asesoramiento y participación de las entidades y organismos públicos de la Xunta que tengan competencias en materias de carácter laboral, social, económico o de fomento del desarrollo económico y social de la autonomía gallega<sup>21</sup>, pero, eso sí, “en los términos en que la normativa específica de cada entidad u organismo público así lo establezca”. Y de manera similar a lo que ya hemos señalado en otras normas –y asumiendo así la más acertada doctrina del Tribunal Supremo<sup>22</sup>– la misma Ley excluye igualmente “a los órganos sectoriales de participación o negociación colectiva en el ámbito de la ocupación pública, la cual se regirá por su regulación específica”.

Con todo, seguramente lo más llamativo de esta norma –al menos en cuanto a su ámbito de aplicación– es la desaparición en el texto finalmente aprobado por el Parlamento gallego de la oscura referencia que realizaba el Anteproyecto a la participación en las empresas, entidades y organismos participados por la Xunta de Galicia a las que fuese de aplicación la Ley 10/1996 de 20 de noviembre de la Xunta de Galicia<sup>23</sup>. Del mismo modo que también debe

<sup>21</sup> La norma gallega específica de forma exhaustiva que “se incluyen todas aquellas entidades u organismos públicos que tengan competencias en materia de trabajo, empleo, formación profesional, economía social, políticas de igualdad, emigración e inmigración vinculada al mercado de trabajo y, en general, cualquier otra materia de relevancia laboral o social”, del mismo modo que también quedarían incluidas todas aquellas entidades y organismos públicos que tengan competencias de “desarrollo autonómico, políticas sectoriales, sociales y, en general, cualquier otra competencia que, por su relevancia socioeconómica, se considere conveniente adecuar a los mecanismos de participación institucional que regula la presente ley”.

<sup>22</sup> STS 22 de mayo de 2001 (RJ 2001\5477)

<sup>23</sup> Ley 10/1996, de 5 de noviembre, de actuación de entes y empresas participadas en las que tiene participación mayoritaria la Junta de Galicia en materia de personal y contratación. De acuerdo con su artículo 1 esta norma se debería aplicar a a) Las entidades de derecho público vinculadas a la Administración de la Comunidad Autónoma o dependientes de la misma. b) Las fundaciones constituidas mayoritariamente o en su totalidad por aportaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, por sus organismos autónomos o entidades de derecho público vinculadas o dependientes o cuyos ingresos provengan mayoritariamente de

ser destacada la novedosa y específica remisión que realiza la DA 4 a la Ley 1/2006, de 5 de junio, del Consejo Agrario gallego, en relación con la “participación institucional en el ámbito agrario y de desarrollo rural”; un sector éste siempre específico y que reclama, por tanto, una regulación singular.

#### 2.4.3. *Criterios de selección de los sujetos representativos y número de representantes: el principio de paridad*

El tercero de los elementos comunes a las cuatro normas que estamos brevemente analizando se refiere, como ya hemos indicado, a los criterios de selección de los sujetos que ostentarán esta representación institucional y a la fijación del número de representantes de cada uno de ellos.

Como ya hemos visto la STC 98/1985 abrió las puertas a que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de autoorganización, integrasen en sus propios órganos, además de a los sindicatos más representativos a nivel estatal o autonómico, a otros sindicatos carecieran de esta consideración legal; una posibilidad ésta que, lógicamente, debería predicarse igualmente de las asociaciones empresariales.

Sin embargo, la lectura de los tres preceptos refleja –al menos a nuestro juicio– una escasa voluntad innovadora de las normas autonómicas que están siendo objeto de examen. Así, por ejemplo, es cierto que el art. 1 de la 7/1995 de 28 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Madrid se refiere al delimitar su objeto a la “participación de los agentes sociales con implantación en Madrid”. Pero esta expresión ciertamente amplia, encuentra poco más tarde su contrapeso y limitación en el art. 3 que, al establecer específicamente –y, por tanto, de forma prevalente– los criterios de representación se limita a señalar que “la determinación específica del número de representantes de las asociaciones sindicales o empresariales de carácter intersectorial a las que sean de aplicación las prescripciones de la presente Ley, atenderá al criterio de paridad y mayor representatividad en el territorio de la Comunidad de Madrid, en función de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical”.

Nada o poco innovadora parece igualmente el art. 3.1 de la Ley 3/2003, de 13 marzo, de la Junta de Extremadura, que de forma absolutamente simétrica a la normativa madrileña se limita en este punto a constatar que “la determina-

---

subvenciones con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, siempre que en este último caso la Comunidad Autónoma forme parte de sus órganos de gobierno o dirección. Y, sobre todo, c) Las sociedades mercantiles en cuyo capital exista participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de la Comunidad Autónoma, de sus organismos autónomos y de las demás entidades de derecho público.

ción específica del número de representantes de los Agentes Sociales de carácter intersectorial a los que sean de aplicación las prescripciones de la presente Ley, atenderá al criterio de paridad y mayor representatividad en el territorio de la Comunidad de Extremadura, en función de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical”. Y todo ello tras resaltar en su art. 1 que “son Agentes Sociales, a los efectos de la presente Ley, las Organizaciones Sindicales y las Asociaciones Empresariales que ostenten el carácter de más representativas en los términos fijados en la legislación social general.”

En tercer lugar, y en esta misma línea se mueve la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León, que si bien en una ubicación un tanto peculiar, el art. 11.2, y al hilo, como veremos, de la definición de la participación institucional, se remite en este punto nuevamente a “las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, conforme a lo regulado por los artículos 6 y 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y por la Disposición Adicional Sexta del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”. Y todo ello tras recordar en su art. 13 que “la determinación concreta del número de representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas atenderá al criterio de la paridad entre éstas”.

Finalmente, el art. 2 de la Ley gallega 17/2008, de 29 de diciembre, se limita nuevamente a una remisión a la normativa estatal orgánica y laboral<sup>24</sup> indicando igualmente que “para la determinación específica del número de representantes de estas organizaciones en las entidades públicas y organismos públicos de Galicia –en cuya designación, se añade novedosamente, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres– se aplicará el criterio de mayor representatividad en el ámbito autonómico y de paridad entre las representaciones sindicales y empresariales”.

Paridad por tanto como principio entre unas organizaciones sindicales y empresariales que se identifican básicamente con las recogidas en la regulación general, sin que ninguna de estas cuatro normas haya querido, al menos en apariencia, dar entrada a otras posibles organizaciones sindicales o empresariales, por ejemplo, en función de criterios de suficiente implantación en dicho

---

<sup>24</sup> “Son organizaciones sindicales y empresariales intersectoriales más representativas en el ámbito de Galicia, a efectos de lo que se dispone en la presente ley, las que tengan dicha condición con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6.2.a) y 7.1 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, y en la disposición adicional sexta del Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores”.



territorio, a pesar de que, por ejemplo, esta posibilidad fue planteada por la Confederación Intersindical Gallega<sup>25</sup>, y sin que se prevea la posibilidad de la participación de otros sujetos específicos para cuestiones de género, inmigración o discapacidad, por ejemplo, en órganos sectoriales, en donde dicha concreta organización pudiera tener una implantación trascendente<sup>26</sup>. Tan sólo la DA 3 de la ley gallega prevé que “la participación institucional recogida en la presente ley se llevará a cabo sin menoscabo de la representación que corresponde a otras organizaciones o instituciones representativas de intereses sectoriales presentes en los órganos de asesoramiento y participación de la Administración autonómica o de dirección, participación y asesoramiento de sus entidades y organismos públicos de carácter sectorial”.

Del mismo modo que llama la atención que en ninguna de estas normas, salvo error u omisión por nuestra parte, se regule la forma o el momento en el que debe acreditarse el nivel de representatividad, una materia, por tanto, que parece remitirse a la normativa general que con carácter no orgánico –DF 2 LOLS– establece la DA 1ª de esta misma norma<sup>27</sup> o la específica de cada órgano en donde en concreto se desarrolle la participación.

## 2.5. Contenido y ámbitos de la participación

Por lo que se refiere a la delimitación del contenido en el que se concretaría esta participación institucional, un análisis de las normas analizadas permite detectar tres posibilidades.

<sup>25</sup> Véase la opinión de esta organización sindical en el Anexo al dictamen emitido sobre el Anteproyecto gallego por el Consejo Gallego de Relaciones Laborales –disponible en [http://cgrl.xunta.es/g\\_verdictame.asp?id=300](http://cgrl.xunta.es/g_verdictame.asp?id=300) – y de acuerdo con el cual “A CIG entende que os criterios de representatividade das organizacións sindicais que se establecen no anteproxecto de lei, son unha mera translación ao noso ámbito nacional, dos criterios que se sinalan explícitamente no articulado da Lei Orgánica de Liberdade Sindical, que é unha lei promulgada para o conxunto do Estado Español. A lei galega debe aplicar criterios propios, adoptando o nivel de representatividade do 10% no noso territorio, como suficiente para que as organizacións poidan ter acceso á representación institucional, criterio que é o mesmo que se aplica na negociación colectiva e tamén é o mesmo que se lle esixe ás organizacións sindicais de ámbito estatal para ostentar o dereito de participación institucional ao seu nivel.

<sup>26</sup> Recuérdese, por ejemplo, la doctrina establecida en la STC 184/1987, de 18 de noviembre.

<sup>27</sup> “En materia de participación institucional se entenderá por momento de ejercicio el de constitución del órgano y, en su caso, el de renovación de sus miembros. En el supuesto de que el órgano correspondiente no tenga prevista una renovación periódica de los representantes sindicales, el sindicato interesado podrá solicitar en el mes de enero, y cada tres años a partir de esa fecha, su participación en el órgano correspondiente, aportando certificación acreditativa de su capacidad representativa.”

La primera, más funcional, es la propia de la legislación castellano-leonesa que especifica en su art. 14 cómo “Los órganos que tengan atribuidas funciones de participación institucional según su normativa específica, tendrán como mínimo, las siguientes competencias: a) Conocer, con carácter previo, los anteproyectos de ley o los proyectos de normas reglamentarias de desarrollo de normas legales, en relación con las materias de su competencia. b) Recibir información sobre los planes, programas y actuaciones desarrollados. c) Proponer criterios, directrices y líneas generales de actuación y participar en su elaboración. d) Proponer a la Junta de Castilla y León la adopción de las iniciativas legislativas o las actuaciones concretas que estimen convenientes en las materias objeto de participación”.

En cambio, otra técnica algo distinta, y seguramente no incompatible en el plano teórico con la anterior, es la utilizada por el art. 4 de la Ley 3/2003 de la Junta de Extremadura. Este precepto más que en las funciones o en el órgano concreto competente, centra su atención en los contenidos que serán objeto de participación. Y así establece que “la Junta de Extremadura, bien a través de los órganos e instituciones de participación socioeconómicos ya contemplados en el ordenamiento jurídico autonómico, bien a través de mesas o foros específicos de negociación o concertación socioeconómica, hará efectiva la participación, sometiendo a consideración de los Agentes Sociales más representativos los siguientes instrumentos de planificación de la actuación política: • Planes de Desarrollo Regional. • Planes Generales de actuación sobre el Empleo. • Planes Generales de actuación sobre el Desarrollo Empresarial e Industrial. • Planes Generales de actuación social y sanitaria. • Planes Generales de Formación Profesional. • Cualquier otro instrumento de planificación socioeconómica que por su relevancia sea necesario someter a concertación social”. De este modo, y más allá de la genérica referencia de “someter a consideración” –que al menos a nuestro juicio implica un derecho de información previa y de expresar su opinión sobre el tema– el precepto centra su atención en las materias ligadas a los instrumentos de planificación generales o específicos. Y de hecho, sólo el último punto parece incorporar una competencia específica –ser oídos– “en los procedimientos de modificación normativa que regule los Órganos de Participación actualmente vigentes”.

Finalmente una labor de síntesis de ambas posiciones es la que realizan los arts. 4 y 5 de la Ley gallega 17/2008, de 29 de diciembre. Y ello porque en principio, una lectura apresurada del primero de ambos preceptos podría llevarnos a la conclusión de que la norma gallega habría seguido el “modelo extremeño” al señalarse que la participación institucional –que podrá hacerse efectiva a través de la “presencia de la representación de las organizaciones” en las instituciones, mesas o foros específicos– “también se hará efectiva en la elaboración de los siguientes instrumentos de planificación...: Planes de desarrollo

regional. Planes generales de actuación sobre empleo y formación profesional. Planes generales de actuación sobre el desarrollo empresarial e industrial. Planes generales de actuación social y sanitaria, así como en cualquier otro instrumento de planificación socioeconómica que, por su relevancia, sea necesario someter a concertación social”.

Pero lo cierto es que, inmediatamente después, el art. 5 de esta misma norma gallega completa la anterior normativa indicando –con el claro antecedente de la norma castellano-leonesa– que los “órganos que tengan atribuidas funciones de participación institucional según la normativa específica de la entidad u organismo público de que se trate en cada caso han de tener, como mínimo, competencias para: a) Conocer, con carácter previo, los anteproyectos de ley o proyectos de normas reglamentarias de desarrollo de normas legales, con relación a las materias de su competencia. b) Recibir información sobre los planes, programas y actuaciones desarrollados respecto a las materias” a las que se extiende su ámbito de aplicación “c) Proponer y participar en la elaboración de criterios, directrices y líneas generales de actuación” con relación con estas mismas materias “d) Proponer al Consejo de la Xunta de Galicia, a través de la consejería competente en razón a la materia, la adopción de iniciativas legislativas o actuaciones concretas que estimen convenientes en las materias objeto de participación.”

## 2.6. Régimen jurídico de los representantes

En quinto lugar, y desde una perspectiva cronológica se aprecia, además, un progresivo interés por aportar algunos datos sobre el régimen jurídico de los concretos representantes de estas organizaciones en los distintos órganos de participación.

Así, mientras en la normativa madrileña el tema simple y llanamente se omite, en la Ley 3/2003 de la Junta de Extremadura, ya se dedica al tema el segundo de los apartados del artículo 3 al señalar que “la designación de los representantes de los Agentes Sociales citados en el apartado anterior se realizará de acuerdo con la propuesta de dichas organizaciones a través de sus órganos de dirección competentes”. Y obviamente, este mismo será el sistema de cese o revocación, ya que, como también recuerda el art. 5.1 de esta misma norma “la opinión de las Organizaciones Sindicales y las Asociaciones Empresariales a las que hace referencia esta Ley, en relación a los asuntos tratados en los órganos de participación y concertación antes mencionados, será la expresada por los representantes válidamente designados en dichos órganos”.

Pero sin duda el núcleo en este punto de la regulación extremeña se encuentra en el art. 5 de esta misma ley que, desde la genérica llamada a la buena fe, establece expresamente una serie de deberes entre los que se encuen-

tran los de custodia documental, asistencia a los órganos, prohibición absoluta de utilización de la información recibida para fines distintos a los que se someten a consideración y el deber de discreción de las deliberaciones. De hecho, y según este precepto “el ejercicio por parte de los Agentes Sociales de las funciones encomendadas en esta Ley, estará presidida por los principios de buena fe negociadora y confianza legítima, comprendiendo entre otras, la responsabilidad en la custodia de documentos a los que tengan acceso, el deber de asistencia a los órganos en los que tengan reconocida su participación, la prohibición absoluta de utilización de la información para fines distintos a los que se someten a consideración, y el deber de discreción de las deliberaciones producidas en los órganos de participación”.

Esta misma línea de mayor contenido –aunque ciertamente no exhaustivo, ya que la mayor parte de los aspectos concretos de esta cuestión parecen remitirse a las normas específicas de cada una de estas entidades en las que se desarrolla la participación institucional– se encuentra el art. 13 de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León, de acuerdo con el cual “la designación y el cese de los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas se realizará de acuerdo con la propuesta de las mismas 3.- Se entiende que estos representantes expresan la posición de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el correspondiente ámbito”. Y todo ello sin olvidar que el art. 15.2 de esta misma norma les atribuye una serie de derechos y deberes en el ejercicio de su actividad –siempre desde la lógica de la buena fe– que se concretarían en “a) Asistir a las reuniones de los órganos de participación. b) Ser convocado y recibir la correspondiente información en tiempo y forma. c) Custodiar los documentos a los que tengan acceso. d) Guardar la confidencialidad sobre la información obtenida en las reuniones que fuese declarada reservada y sobre las deliberaciones con esa información relacionadas, así como no utilizar la información sólo para los fines a los que va destinada”.

Finalmente, una regulación bastante similar a las anteriores se detecta en la Ley gallega 17/2008, de 29 de diciembre que, partiendo nuevamente de los principios de buena fe –que ahora se califica de negociadora– y de confianza legítima, no sólo establece nuevamente que “la designación y cese de las personas representantes de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter intersectorial se realizará en conformidad con las propuestas formuladas por estas organizaciones a través de sus órganos de dirección competentes” –art. 2.3–, sino que igualmente reitera que “en su cometido, las personas que ejerzan funciones de participación institucional en los órganos correspondientes tienen los deberes siguientes: a) Asistir a las reuniones de los órganos de participación institucional en los que la organización sindical o empresarial a la que se pertenezca tenga legalmente reconocida

su presencia. b) Custodiar los documentos a los que se tenga acceso con motivo del ejercicio del derecho de participación institucional. C) Guardar la confidencialidad debida sobre las deliberaciones producidas en los órganos de participación y no utilizar la información obtenida en las reuniones de los mismos órganos, y que hubiera sido declarada reservada, para fines diferentes de los que se hubieran sometido a consideración” –art.5.3– .

## 2.7. Financiación

Finalmente, el último de los elementos comunes a las cuatro normas autonómicas analizadas es el incluir expresamente una regulación sobre “compensaciones económicas”, “financiación” o “fomento y financiación” de esta actividad al final de su articulado; una regulación ciertamente similar, pero que presenta algunas diferencias que nos gustaría destacar.

Así, en primer lugar, la normativa autonómica madrileña –art. 4 de Ley 7/1995 de 28 de marzo– establece como finalidad de estas “dotaciones” –ya que evita expresamente su calificación como subvenciones nominativas– “compensar económicamente a las organizaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley por los gastos producidos en virtud del ejercicio de las funciones públicas de participación institucional en ella reguladas”. Por ello, “las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid de cada ejercicio actualizarán anualmente las correspondientes dotaciones para la atención de dichos gastos”, siendo llamativo, eso sí, que lo asignado “a cada una de dichas organizaciones” será “una cantidad fija e idéntica para todas”. El precepto concluye con una remisión normativa de acuerdo con la cual “el régimen de liquidación y pago de las compensaciones a que se refiere el apartado precedente se establecerá por vía reglamentaria.”

Una óptica parcialmente distinta y seguramente más amplia es la que se observa en el art. 6 de la Ley 3/2003, de la Junta de Extremadura. Y ello porque más que como “compensación”, el precepto extremeño justifica esta “financiación” como una vía de “fomentar la actividad de participación y concertación en los términos de su ejercicio previsto en el artículo anterior”. De ahí que “en la Ley de Presupuestos, dentro de la sección correspondiente a la Consejería competente en materia de Hacienda, se consignará una partida presupuestaria que” ahora sí “como subvención nominativa haya de transferir a las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales destinatarias de esta Ley”.

Por otra parte, y al igual que ocurría con la normativa madrileña, se prevé aquí también la actualización del importe de dicha partida, especificando su forma al señalar que “la cuantía de dicha partida sufrirá anualmente la misma variación cuantitativa que, experimente con carácter general, los gastos corrientes de la Administración.” En cambio, y frente a la rígida igualdad de la

norma madrileña, la extremeña se limita a señalar que “reglamentariamente se configurarán procedimientos para el reparto y efectivo abono de la misma”.

Por último, y como cierre de esta regulación, este mismo artículo 6 de Ley 3/2003 concluye destacando –lo que es lógico– que “la presencia de los representantes de los Agentes Sociales en los órganos institucionales a que hace referencia esta Ley, se presume a título gratuito, sin perjuicio de las indemnizaciones por razón del servicio a que tuvieren derecho, según la normativa aplicable a cada órgano institucional de participación o asesoramiento”.

En tercer lugar esta misma cuestión es abordada monográficamente por el Capítulo III de la Ley 8/2008, de Castilla y León. En su art. 16 se opta claramente por un modelo similar al texto extremeño cuando se establece que “con la finalidad de fomentar la participación institucional regulada por esta Ley, la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Castilla y León consignará anualmente una partida presupuestaria que, como subvención nominativa, irá destinada a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas”. En cambio, nada se señala nuevamente en cuanto a los criterios de distribución, si bien se especifica igualmente que, “la presencia de los representantes de las organizaciones sindicales y empresariales en los órganos institucionales se presume a título gratuito” si bien se establece ahora “que no percibirán indemnización alguna por asistencia o compensación de gastos”. Además, lo que sí se recuerda es su completa “independencia de las subvenciones que éstas perciben para el fomento de su actividad como organizaciones de interés general en el ámbito económico y social”, del mismo modo que se señala que “la cuantía de la subvención nominativa variará anualmente igual que el Índice de Precios de Consumo (IPC), con el límite del crecimiento del Presupuesto de la Comunidad”; una regla de actualización, por tanto, habitual en este tipo de normas, pero que varía, al menos formalmente, en relación la variación de gastos corrientes que señalaba la regulación de CA de Extremadura.

Ya por último, el art. 6 de la Ley gallega 17/2008 opta por un modelo de simple compensación y no de subvención nominativa consignada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales. El abono de las referidas compensaciones económicas se hará directamente a las organizaciones empresariales y sindicales intersectoriales más representativas por un importe proporcional a su representatividad, fijándose los criterios de reparto de la partida presupuestaria y de su abono reglamentariamente. Para concluir, también la ley gallega opta por permitir la compatibilidad de estas compensaciones económicas con el derecho de sus representantes a la percepción de las indemnizaciones que, en concepto de dietas y asistencias, pudieran corresponderles a título personal.

## 2.8. Comisión de evaluación

Para concluir este apartado, no quisiéramos dejar de destacar como tan sólo en la norma autonómica madrileña se prevé que “con el fin de proceder a la evaluación del grado de cumplimiento de los objetivos de participación contemplados en esta Ley, se constituirá la Comisión de evaluación de la participación de la Comunidad de Madrid, cuya composición integrará a la representación de los agentes económicos y sociales y a la que designe la Administración Regional, en el modo que reglamentariamente se establezca. La citada Comisión se encargará del seguimiento de la aplicación de esta Ley, así como de la elaboración anual de una Memoria de actividades”.

Por su parte, el art. 7 de la Ley gallega 17/2008 establece que “las personas beneficiarias de las compensaciones económicas reguladas en la presente Ley estarán sometidas a las actuaciones de control de la actividad económica y financiera que correspondan a los órganos de control competentes de la Xunta de Galicia y del Tribunal de Cuentas de Galicia, para lo cual habrán de prestar la colaboración necesaria y aportar toda la información que les sea requerida en el ejercicio de las referidas actuaciones”.

## 3. LOS CONSEJOS DE RELACIONES LABORALES

### 3.1. Una realidad extendida y diversa

En segundo lugar, y junto a los Consejos Económicos y Sociales y otros organismos de participación sectorial o específicos por la materia como los Consejos de Prevención de Riesgos Laborales, una de las principales fórmulas de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel autonómico han sido, y son, los Consejos de Relaciones Laborales o los también denominados, en algunas ocasiones, Consejos de Diálogo Social.

Se trata de una fórmula que, iniciada a principios de los ochenta en el País Vasco, se ha ido extendiendo paulatinamente a lo largo de casi todo el territorio español. Y de hecho, hoy en día no sólo cabe encontrarlos en lo que en un momento histórico se denominaron nacionalidades históricas –País Vasco<sup>28</sup>,

<sup>28</sup> Ley 9/1981, de 30 de septiembre, si bien su regulación actual se encuentra contenida en la Ley 11/1997, de 27 de junio –Boletín Oficial del País Vasco nº 142/1997, de 28 de julio–.

Galicia<sup>29</sup> y Cataluña<sup>30</sup>, a las que podría unirse por sus avatares históricos Andalucía<sup>31</sup>– sino que se han ido implantando, con mayor o menor éxito en buena parte de las distintas Comunidades Autónomas, con denominaciones ciertamente diversas como son el Consejo Canario de Relaciones Laborales<sup>32</sup>, el Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunidad Valenciana<sup>33</sup>, el Consejo de Relaciones Laborales de Extremadura<sup>34</sup>, el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón<sup>35</sup>, el Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla La Mancha<sup>36</sup>, el Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales de la Comunidad de Murcia<sup>37</sup>, el Consejo Riojano de Relaciones Laborales<sup>38</sup>, el Consejo de Rela-

<sup>29</sup> Ley 5/2008, de 23 de mayo, por la que se regula el Consejo Gallego de Relaciones Laborales – DO. Galicia 11 junio 2008, núm. 112– ; Decreto 145/2008, de 17 julio, por el que se dictan normas relativas al funcionamiento del Consejo Gallego de Relaciones Laborales derivadas de la entrada en vigor de la Ley 5/2008 –DO. Galicia 18 julio 2008, núm. 139–; Resolución de 23 de octubre de 2008 por la que se dispone la publicación del reglamento interno de organización y funcionamiento del Consejo Gallego de Relaciones Laborales –DOG de 13 de noviembre de 2008–.

<sup>30</sup> Ley 1/2007 de 5 de junio el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña –DO. Generalitat de Catalunya 12 junio 2007, núm. 4902–. Véase igualmente el Decreto 29/2008, de 29 enero, de organización y funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales – DO. Generalitat de Catalunya 31 enero 2008, núm. 5060–.

<sup>31</sup> Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales –BOJA nº 52 de 1 de junio–. En relación con sus Normas internas de desarrollo debe destacarse el Acuerdo de 20 de marzo de 1984, del Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, por el que se hacen públicas las normas de funcionamiento interno de dicho Consejo – BO. Junta de Andalucía 6 abril 1984, núm. 36–.

<sup>32</sup> Ley 2/1995 de 30 de enero –BO Canarias de 15 de febrero de 1995, n. 20–.

<sup>33</sup> Anteriormente a este órgano existió un Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad Valenciana que fue absorbido por el CES autonómico. Véase Decreto 131/2006, de 29 de septiembre –DO. Generalitat Valenciana 3 octubre 2006, núm. 5359–

<sup>34</sup> Acuerdo Interprofesional por el que se crea el Consejo de Relaciones Laborales de Extremadura de 4 de marzo de 1998 – DO. Extremadura 16 abril 1998, núm. 42–. Reglamento de Funcionamiento Interno aprobado en sesión de 18 de febrero de 2000.

<sup>35</sup> Decreto 22/2005, de 8 febrero por el que se regula el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón y se crea el observatorio de la negociación colectiva en Aragón –BO. Aragón 23 febrero 2005, núm. 24– (Deroga el Decreto 25/1997, de 19 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón).

<sup>36</sup> Ley 9/2002 de 6 de junio de 2002 – DO. Castilla-La Mancha 24 junio 2002, núm. 77–. Véase también la Ley 8/2008 de 4 de diciembre de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos (DOCM 17 de diciembre de 2008), adscrita al Consejo Regional de Relaciones Laborales.

<sup>37</sup> Que sustituye y actualiza el Consejo de Relaciones Laborales Consejo de Relaciones Laborales (Decreto nº 5/1984, de 24 de enero). Regulado por el Decreto 7/1999 de 4 de febrero de 1999 por el que se crea y regula el Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales – BO. Región de Murcia 25 febrero 1999, núm. 46–.

<sup>38</sup> Decreto 19/2003 de 20 de mayo por el que se crea el Consejo Riojano de Relaciones laborales –BOR. 24 de mayo 2003–; Orden de 19 de diciembre de 2003, de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Riojano de Relaciones Laborales –BOR nº 158 de 25/12/2003–.



ciones Laborales, Políticas Activas y del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias<sup>39</sup>; el Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad de Madrid<sup>40</sup> o el recientísimo Consejo de Diálogo Social de Castilla y León<sup>41</sup>.

En cualquier caso, y antes de comenzar nuestro breve análisis de sus normas de creación, me gustaría señalar al menos que, a pesar de englobarse en una única categoría lógica, estos Consejos presentan una trascendencia y una virtualidad real radicalmente distinta en cada una de las Comunidades Autónomas. Frente a Consejos que tienen, si se nos permite la expresión, una actividad casi inexistente o menor, cuando no una existencia prácticamente virtual<sup>42</sup>, se sitúan otros que han sabido “encontrar su lugar” dentro de la Administración Autónoma laboral, convirtiéndose en ocasiones en el auténtico referente de la participación institucional de los agentes sociales en relación con la actividad administrativa sociolaboral. Evidentemente, algunas de estas diferencias podrían intentar justificarse por defectos en su regulación. Pero al menos a nuestro juicio, este diseño normativo, aún siendo un elemento necesario, no es un requisito suficiente para el éxito de este tipo de institución. Mucho más importante que este diseño “arquitectónico” es, al menos a nuestro juicio, la capacidad de integrar voluntades, de lograr una dinámica de acuerdo y consenso entre los interlocutores sociales, algo que, en muchos casos, depende no sólo del tiempo, sino también de las personas y de las capacidades materiales de todo tipo que se le otorguen a este tipo de instituciones. De ahí que lo que sigue sea un elemento importante, pero no fundamental para comprender la realidad e importancia práctica de dichos entes.

### 3.2. Aspectos generales: origen, naturaleza, composición

La diversidad normativa a la que antes hemos hecho referencia se observa, ya desde un principio, al analizar la propia fuente de creación y regulación de

<sup>39</sup> Decreto de 122/2002 de 23 de septiembre –Boletín Oficial del Principado de Asturias, 08 de Octubre 2002 (núm. 234)–.

<sup>40</sup> Decreto 103/1997, de 31 de julio –BO. Comunidad de Madrid 11 agosto 1997, núm. 189–, modificado por Decreto 36/2001, de 8 de marzo –BO. Comunidad de Madrid 15 marzo 2001, núm. 63–. Téngase igualmente en cuenta la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad de Madrid –BO. Comunidad de Madrid 5 enero 1999, núm. 3–.

<sup>41</sup> Creado por la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León, de Creación del Consejo del Diálogo Social y Regulación de la Participación Institucional – BO. Castilla y León 23 octubre 2008, núm. 205–.

<sup>42</sup> La Mesa de Diálogo Social de las Islas Baleares, aunque no sea exactamente un Consejo de Relaciones Laborales, sería un buen ejemplo de este tipo de órganos sin prácticamente una actividad real.

estos Consejos. Y ello porque dejando a un lado la activa y mayoritaria participación de los propios agentes sociales en su creación o configuración normativa –lo que en bastantes ocasiones los conecta claramente con los fenómenos de concertación social en este ámbito<sup>43</sup>– y el destacado papel que se otorga al propio Órgano en el desarrollo “reglamentario” de tales normas fundacionales<sup>44</sup>, lo cierto es, como decimos, que el amplio elenco antes mencionado presenta una amplia diversidad de fuentes de creación. Y así mientras alguno, por ejemplo, el Consejo de Relaciones Laborales de Extremadura trae su origen, exclusivamente, de un Acuerdo Interprofesional de 4 de marzo de 1998, aparentemente no implementado por ninguna norma interna autonómica, otros tienen como norma fundacional un simple Decreto<sup>45</sup>, mientras que otros, finalmente, se construyen en torno a una norma legal<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Véanse, además del caso extremeño, las conexiones con la concertación social en, por ejemplo, el Acuerdo de Concertación Social Canaria por el Empleo, desde la Solidaridad y Competitividad suscrito el 13 de mayo de 1994 que decidió, entre otras actuaciones y medidas, la creación del Consejo Canario de Relaciones Laborales; la conexión entre el Consejo Aragonés y el Acuerdo Económico y Social para el progreso de Aragón reflejado en el art. 9 del Decreto 22/2005; la relación entre el Consejo Asesor de Relaciones Laborales de la región de Murcia y el Acuerdo para la Promoción de la Formación, las Relaciones Laborales, el Empleo y la Actividad Económica de la Región de Murcia; o la conexión entre el acuerdo de los principales agentes sociales de 7 de febrero de 2008 en el caso de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León. Finalmente, y por señalar cuatro últimos ejemplos, véanse las menciones al PAVACE en la Exposición de Motivos del Decreto 131/2006 del Consejo Tripartito Valenciano; la previsión en el acuerdo vigésimo sexto del Pacto por el Desarrollo, el Empleo y la Formación, de 17 de noviembre de 1995, de la creación del Consejo de Relaciones Laborales de Madrid –véase la Exposición de Motivos del Decreto 103/1997, de 31 de julio, de la Comunidad de Madrid–, las referencias en la Exposición de Motivos de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha, en relación con el III Pacto Industrial ratificado por los agentes socioeconómicos de dicha Comunidad, o la conexión entre el Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad de Asturias y el Pacto Institucional por el Empleo, y las competencias en materia de trabajo, formación y prevención de riesgos laborales –Exposición de Motivos del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, de la Comunidad de Asturias–.

<sup>44</sup> Por mencionar tan sólo algunos ejemplos, véanse art. 12 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 6.3 de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; art. 3 in fine y art. 30 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 7.2 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

<sup>45</sup> Este sería el caso, por mencionar sólo algunos, de los correspondientes órganos antes mencionados en Aragón; del Decreto 131/2006 de 29 septiembre de creación del Consejo Tripartito para el Desarrollo de las Relaciones Laborales y la Negociación Colectiva de la Comunitat Valenciana; del Consejo de Relaciones Laborales de la Comunidad de Madrid, cuya regulación fue modificada por el Decreto 36/2001, de 8 marzo; o del Decreto 7/1999, de 4 febrero, de la Comunidad de Murcia.

<sup>46</sup> Por mencionar algunos casos, Andalucía –Ley 4/1983, de 27 junio, del Parlamento de Andalucía–, Galicia –Ley 5/2008, de 23 mayo–, Cataluña –Ley 1/2007, de 5 junio–, Canarias –Ley 2/1995, de 30 enero–; Castilla y León –Ley 8/2008, de 16 octubre–; Castilla-La Mancha –Ley 9/2002, de 6 junio–.

En este sentido, es cierto que, como ya hemos señalado, el éxito de este tipo de instituciones parece depender más de la voluntad política de los agentes sociales y políticos de cada Comunidad y de la acertada elección de sus máximos órganos directivos que de un adecuado diseño normativo, condición necesaria pero no suficiente para dicho éxito. Pero con todo, no deja de ser llamativo que en las Comunidades en donde estos entes han tenido una mayor repercusión, su creación se haya producido siempre mediante una norma de rango legal. Seguramente esta “coincidencia” no sólo se debe a la mayor estabilidad que les proporciona este tipo de fuentes, que los “blinda” frente a posteriores o anteriores normas reglamentarias –especialmente las de organización de las Consejerías de las que en muchas ocasiones dependen–, sino también de la relevancia pública que todos los interlocutores públicos y privados han pretendido dar al correspondiente órgano y que se reflejaría mediante la elección de una fuente legal.

En segundo lugar esta misma diversidad se extiende igualmente a la propia composición de este órgano. Y ello porque si bien suele ser regla general limitar la participación sindical y empresarial a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas conforme a la legislación orgánica y laboral estatal –sin, por tanto, abrir, salvo en contadas ocasiones<sup>47</sup>, otras posibilidades que ampliarían este círculo–, la lectura de estas mismas normas de creación permite detectar dos grandes tipos de Consejos en relación con esta concreta característica. En un primer grupo estarían aquellos Consejos que cabríamos clasificar como “bilaterales” y en donde sólo tendrían cabida las asociaciones empresariales y sindicales –como sucede destacadamente con los Consejos gallego y vasco<sup>48</sup>–. En cambio, el segundo grupo englobaría aquellos otros órganos –la

<sup>47</sup> Una importante excepción es la contemplada en la DA 2 de la art. 12.3.e) de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio: “El Consejo de Relaciones Laborales puede acoger las opiniones de organizaciones sindicales con representación que no tengan la condición legal de más representativas. 2. Deben determinarse por reglamento, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, los mecanismos de consulta que hagan posible la participación en el Consejo de Relaciones Laborales de las organizaciones sindicales con representación que no sean miembros del mismo, tanto en las comisiones como en los grupos de trabajo y las comisiones territoriales”. El desarrollo de esta posibilidad en el art. 10 del Decreto 29/2008. Obsérvese, además, que el art. 4 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia sólo exige, en el caso de las organizaciones sindicales, que superen el diez por ciento de la totalidad de las y los representantes legales de las trabajadoras y trabajadores, mientras que en el caso de los empresarios, se consideran organizaciones más representativas las que empleen como mínimo el diez por ciento del personal trabajador en el referido ámbito. Sobre este mismo tema véase el art. 4.3 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco que abre este Consejo a las organizaciones representativas que hayan obtenido el 10% o más de órganos unitarios.

<sup>48</sup> Art. 4 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco y art. 4 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

mayoría— que se abren igualmente a la participación de la Administración Laboral autonómica —como sucede, por mencionar dos ejemplos destacados en el caso de los Consejos andaluz y catalán<sup>49</sup>—.

Es evidente que ambas fórmulas tienen sus ventajas y sus inconvenientes, y que una estructura bilateral potencia su perfil ligado al diálogo social, mientras que reduce sus posibilidades de conectarse a la concertación y a la participación institucional eficaz. Pero, al menos a nuestro juicio, la experiencia parece demostrar que la flexibilidad propia de muchos de estos órganos trilaterales les permite adoptar una geometría variable en función de la composición que se quiera adoptar, ya sea de mero diálogo bilateral, o de una concertación trilateral, permitiendo una relación más fluida entre la Administración Laboral autonómica y los interlocutores sociales<sup>50</sup>.

Finalmente, y en cuanto a su naturaleza, en ocasiones se ha llegado a hablar, de forma similar a lo que acontece con el CES estatal, de un órgano de relevancia estatutaria, en la medida en la que algunos de estos entes no sólo tienen un difícil encaje en las tradicionales categorías administrativas —sobre todo los bilaterales—, sino también por que algunos de ellos han encontrado una expresa recepción estatutaria —algo que, por cierto, no ha sucedido con uno de los más destacados como el Consejo Andaluz—. Y en esta misma línea de diversidad, lo cierto es que mientras en algunos casos se resalta el reconocimiento a los mismos de personalidad jurídica —sobre todo en el caso de los bilaterales como Galicia<sup>51</sup> y el País Vasco<sup>52</sup>— en otros —la mayoría— se silencia el tema, haciéndolo depender orgánica y funcionalmente de la Consejería con competencias en materias sociolaborales y de trabajo.

En cualquier caso, lo que sí permite detectar un repaso por las ya mencionadas normas fundacionales son reglas casi de estilo como las referencias a sus

<sup>49</sup> Art. 5 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía. Otros ejemplos de este modelo tripartito serían el art. 3 del D. 22/2005 de la Comunidad de Aragón; el art. 1 Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; el art. 4 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; el art. 1 del Decreto de la Comunidad de Valencia 131/2006, de 29 de septiembre; el art. 2 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid o el art. 3 del Decreto 7/1999, de 4 febrero, de la Comunidad de Murcia.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, el caso catalán en donde la propia exposición de motivos señala que “El Consejo de Relaciones Laborales tiene una composición paritaria y tripartita. La participación de la Administración de la Generalidad tiene dos finalidades básicas: por una parte, facilitar la participación y la colaboración efectivas de los agentes sociales más representativos de Cataluña en el diseño y la puesta en práctica de las políticas laborales de Cataluña mediante el diálogo y la concertación social, así como el análisis y la actuación sobre las situaciones específicas por razón del territorio, y, por otra parte, impulsar a los agentes sociales y apoyarlos, con el máximo respeto a la autonomía colectiva, para que mejoren los contenidos, la racionalización y la eficiencia de la estructura de la negociación colectiva”.

<sup>51</sup> Art. 1.2 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

<sup>52</sup> Art. 2 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco.

funciones de diálogo social, la consulta y participación<sup>53</sup>. Pero estas referencias generales sólo pueden comprenderse correctamente si nos detenemos brevemente a analizar la descripción de tales funciones.

### 3.3. Competencias y funciones

Y es que seguramente es la notable similitud de estas funciones, sobre todo de las que podríamos calificar como nucleares y ligadas a la negociación colectiva, la que dota de unidad y coherencia a la categoría que estamos examinando bajo este epígrafe.

Dejando a un lado experiencias primerizas, como las diseñadas originariamente para el Consejo Vasco –y que exigieron una depuración por parte del propio Tribunal Constitucional–, hoy es evidente que la mayor parte de estos Consejos tienen atribuidas al menos formalmente funciones extraordinariamente amplias y variadas y que podríamos organizar –obviando las meramente administrativas, normalmente de registro o las de elaboración de Memorias de funcionamiento– en torno a cuatro grandes ejes.

En primer lugar, es obvio que una de las funciones esenciales de estos órganos es la de permitir y encauzar la participación y consulta de estos sujetos colectivos en la actuación de la administración autonómica laboral. Con esta finalidad –se destaca en ocasiones expresamente– estos órganos deberán recibir la correspondiente información por parte de las autoridades correspondientes<sup>54</sup>, sirviendo de foro de debate para impulsar la actuación administrativa en esta

<sup>53</sup> Por mencionar algunos ejemplos, el art. 1 del D. 22/2005 -CRL de Aragón– establece que “se crea el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón, adscrito al Departamento que ostente la competencia en materia laboral, como órgano de diálogo institucional entre Sindicatos y Organizaciones Empresariales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma en materia de política laboral, así como órgano de asesoramiento, consulta y seguimiento en materia laboral de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por su parte la exposición de motivos de la Ley canaria 2/1995 hace referencia a que dicho órgano debe “ser cauce institucional de encuentro y participación de los interlocutores sociales y de éstos con el Gobierno, órgano consultivo de la Administración autonómica en el terreno laboral y medio para que se promuevan y funcionen ágil y eficazmente los instrumentos privados de solución extrajudicial de los conflictos de trabajo” –véase igualmente el art. 3 de la mencionada Ley–. Finalmente, y por mencionar un último ejemplo, el art. 1 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha, define a este Consejo como el “órgano de diálogo institucional, concertación y participación, entre sindicatos, organizaciones empresariales y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en el diseño y desarrollo de las políticas de la Comunidad Autónoma en materia de relaciones laborales, y en el seguimiento de su ejercicio”.

<sup>54</sup> Por mencionar tan sólo dos ejemplos, art. 3.2 g) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 3 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid.

materia<sup>55</sup>, conociendo<sup>56</sup>, estudiando<sup>57</sup> y/o dictaminando las actuaciones normativas y otras actuaciones de especial relevancia de la Administración laboral<sup>58</sup> y elaborando en muchas ocasiones informes y propuestas<sup>59</sup>, ya sea a iniciativa propia o de otros órganos administrativos. Es en este contexto en el que cobran pleno sentido las comunes referencias a la naturaleza de estos órganos como instrumentos consultivos, asesores, pero también de propuesta y seguimiento en materia sociolaboral del correspondiente Departamento<sup>60</sup>.

En segundo lugar, y seguramente como elemento nuclear en su más reciente evolución, estos órganos desarrollan, o al menos aspiran a desarrollar, una importante labor en materia de negociación colectiva<sup>61</sup>. En algunos casos se hace referencia expresa a la posibilidad de formular propuestas o propiciar acuerdos interprofesionales o laborales sobre materias concretas<sup>62</sup>, de recomendar su aplicación a las organizaciones sindicales y empresariales<sup>63</sup> o de aprobar y/o realizar el seguimiento de los posibles acuerdos de diálogo social<sup>64</sup>. En otras ocasiones se hace mención a una labor de apoyo y orientación a los procesos de negociación<sup>65</sup>, especialmente en relación con sectores en dificult-

<sup>55</sup> Véase, por ejemplo, art. 4.7 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid.

<sup>56</sup> Art. 3.a) Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; art. 3 b) c) d) de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio.

<sup>57</sup> Esta es la expresión concreta del Acuerdo Interprofesional Extremeño: “Estudiar los proyectos normativos de la Comunidad Autónoma en materia sociolaboral y de empleo”.

<sup>58</sup> Art. 3. e) de Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; art. 3.2.b) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 2 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, de la Comunidad de Asturias.

<sup>59</sup> Nuevamente, por casi todos, véase el art. 3.1. b) de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; el art. 3.1 a) y b) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; el Acuerdo Interprofesional Extremeño; el art. 3.2.a) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; el art. 2 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia o el art. 4.5 y .6 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid.

<sup>60</sup> Art. 1 y 2 del D. 22/2005 de la Comunidad Autónoma de Aragón; Art. 3.2. m) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 1 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

<sup>61</sup> Seguramente la única excepción es el art. 2 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias en donde priman casi exclusivamente las funciones de participación.

<sup>62</sup> Por ejemplo, art. 3.1.f) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco.

<sup>63</sup> Art. 3.2 d) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3.2. d) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; Acuerdo Interprofesional Extremeño.

<sup>64</sup> Art. 3.b) y c) de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León.

<sup>65</sup> Por ejemplo, art. 3.1.c) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; art. 3.2 d) de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; art. 3.c) de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 3.e) de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; art. 3.2 c) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 2 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

tades<sup>66</sup>, mientras que en otras normas fundacionales se resalta su labor en relación con el sempiterno problema de la estructura negocial<sup>67</sup>. En esta misma línea, en algunas de estas normas se les reconoce igualmente funciones en relación con la labor, constitución y/o asesoramiento de las comisiones paritarias<sup>68</sup>. Y por último, y sobre todo en estos últimos años, se hace mención a la elaboración de “recomendaciones” o propuestas de mejora<sup>69</sup> sobre muy diversas materias, si bien en algún caso, la elaboración de aquellas se ha encargado desde el mismo Acuerdo de Concertación Social, como ocurre señaladamente en el caso andaluz.

Además, son muchas las normas que atribuyen a estos Consejos el papel de órgano de consulta en los supuestos de extensión de convenios<sup>70</sup> o de delimitación del ámbito funcional de estos acuerdos colectivos<sup>71</sup>. Y finalmente tampoco es infrecuente que se encarguen a estos mismos órganos la labor de seguimiento y estudio del contenido de la negociación colectiva en dicho ámbito geográfico<sup>72</sup>. Así, en algunos de los más recientes e importantes Consejos se ha llegado incluso a impulsar una estructura específica en relación con este campo<sup>73</sup>. Y ya por último, y como elemento novedoso no quisiéramos dejar de

<sup>66</sup> En este sentido, específicamente, art. 3.1g) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco “propiciar la constitución de la comisión negociadora en sectores en que exista particulares dificultades al respecto” Véanse igualmente el art. 3.2 d) de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía, o el Acuerdo Interprofesional Extremeño.

<sup>67</sup> Véase, por ejemplo, el art. 3.2. b) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 3 c) Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; los art. 3.a) y 12.3 c) de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio –a través de la Comisión de Convenios Colectivos–; el art. 2 del Decreto 7/1999, de 4 febrero, de la Comunidad de Murcia; el art. 3.1.c) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco. Igualmente esta función en el Acuerdo Interprofesional Extremeño.

<sup>68</sup> Art. 3.1.e) de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; art. 3.2 h) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3.g) de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; Acuerdo Interprofesional Extremeño; art. 3.2 f) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

<sup>69</sup> Art. 16 del Decreto 29/2008 del Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña; art. 2.1 d) del Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006.

<sup>70</sup> Véanse, por mencionar algunos, el art. 12.4 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; el art. 2 del Decreto 22/2005 –Consejo de Aragón–; el art. 3.2 c) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 3 d) Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha –si bien en este caso debe tenerse en cuenta la Ley 8/2008, de 4 diciembre de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos en el seno de Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha–; el art. 2. a) Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre; el art. 3.2 i) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; el art. 4.3 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid. Igualmente contempla esta función el Acuerdo Interprofesional Extremeño.

<sup>71</sup> Art. 12.3.e) de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio.

<sup>72</sup> En este sentido, por todos, Acuerdo Interprofesional Extremeño.

<sup>73</sup> Por todos, art. 12.3 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio –Comisión de Convenios Colectivos– o Ley 8/2008 de Castilla-La Mancha.

resaltar como el progresivo desarrollo de instrumentos de RSE ha llevado igualmente a algún Consejo a incorporar como función propia la de ser depositaria no sólo de los acuerdos, pactos y convenios colectivos, sino también de los códigos de conducta<sup>74</sup>.

Por otra parte, un tercer gran grupo de competencias estaría ligado a los conflictos colectivos de trabajo. Dentro de este colectivo y junto a simples menciones a la promoción o a facilitar la mediación, la conciliación o el arbitraje en el ámbito laboral<sup>75</sup>, encontramos en ocasiones una muy intensa relación, sobre todo de apoyo administrativo, con los sistemas extrajudiciales autonómicos de solución de conflictos<sup>76</sup>, del mismo modo que también en ocasiones se le encomiendan funciones en relación con la negociación de propuestas o recomendaciones en relación con los servicios mínimos, uno de los puntos, por cierto, en los que estas instituciones parecen haber tenido un menor éxito. En algunos casos se le atribuyen también funciones en relación con el seguimiento de los procesos de elecciones a órganos unitarios<sup>77</sup>, un campo éste donde la disminución de conflictividad y la creación del arbitraje electoral en la reforma de 1994 ha tenido su evidente impacto.

Finalmente el cuarto gran grupo de tareas estaría ligado con una labor de investigación y diseminación de resultados mediante, por ejemplo –se señala en bastantes ocasiones de forma expresa– la participación y promoción de congresos, jornadas, seminarios y conferencias relacionados con materias sociolaborales<sup>78</sup>, así como la elaboración –por propia iniciativa o a instancias de terceros– de informes y estudios, su debate y difusión<sup>79</sup>. En ocasiones, las normas de creación identifican ciertas materias sobre las que versarían estos

<sup>74</sup> Art. 12.3.d de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio.

<sup>75</sup> Por mencionar algunos, art. 3.2 d) de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; art. 3.2 e) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3.e) de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 3.2 e) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 2 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia: “impulsar la organización, mantenimiento y desarrollo del Pacto para la resolución extrajudicial de los Conflictos Colectivos”.

<sup>76</sup> El ejemplo prototípico en este caso es la relación de apoyo administrativo entre el SERCLA y el CARL en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

<sup>77</sup> Art. 3.2.f) de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; art. 3.2 f) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3. f) Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha.

<sup>78</sup> Por mencionar algunos véanse el art. 3.2. l) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 3 h) de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; el art. 4.8 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid; art. 2 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

<sup>79</sup> Véanse el art. 2 del Decreto 22/2005 –Consejo de Aragón–; el art. 3.2.a) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 3. g) Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; art. 3 b) Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; art. 4.6 del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid.



estudios y que suelen coincidir con los aspectos más llamativos en el respectivo momento histórico<sup>80</sup>. Y aunque pudiera parecer una cuestión baladí, no lo es ni mucho menos si tenemos en cuenta la importancia de estos instrumentos de *soft law* en Administraciones como las autonómicas que carecen de capacidad normativa en materia laboral y que, por tanto, deben articular buena parte de su actuación a través de la orientación política de sus funciones de ejecución y de un proceso de diseminación y convencimiento de los operadores jurídicos en general, y de los negociadores de convenios de ámbito autonómico o provincial en especial.

### 3.4. Estructura y funcionamiento

Ya para terminar, y tras recordar la presencia de una extendida regulación sobre sus medios técnicos o personales<sup>81</sup>, nos limitaremos a señalar como la mayor parte de estos órganos se articulan en torno a unos ciertos órganos unipersonales –presidencia, vicepresidencia en ocasiones, y secretaria– y otros pluripersonales –pleno y, en ocasiones, comisiones permanentes– a los que deben unirse, en cada vez más ocasiones, grupos o comisiones de trabajo y un órgano específico como son los observatorios o comisiones de negociación o convenios colectivos.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la presidencia, ésta suele ser ostentada o bien por un órgano político –normalmente por el consejero o consejera correspondiente al Departamento del que dependa (si depende) la institución<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Art. 3.2 i) –seguridad y salud– j) –movimiento de mano de obra– k) –“extranjeros”– de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3.b), i), j) Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha –relaciones laborales, mercado de trabajo y sus fluctuaciones, prevención de riesgos laborales, extranjeros–; art. 2.2 del Decreto de la Comunidad de Valencia 131/2006 –flujos de entrada y salida de los trabajadores en las empresas; política de contratación en las empresas; reordenación de la jornada y tiempo de trabajo; descentralización productiva y de servicios y deslocalización de actividades; gestión de crisis empresariales y participación de los trabajadores en la búsqueda de alternativas eficaces para el mantenimiento de la empleabilidad de los mismos–.

<sup>81</sup> Véanse, por mencionar sólo algunos ejemplos, el Capítulo IV de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; el Capítulo III de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; el Título IV de la Ley canaria 2/1995 de 30 de enero; el art. 3 in fine y DA de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; el art. 2.3 y el Capítulo IV de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; el art. 7 Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre; el Título III la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; el Capítulo III de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid.

<sup>82</sup> Véanse el art. 6 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias; art 3 del Decreto 22/2005 –Consejo de Aragón–; el art. 21 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 19 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; el art. 9 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio y el art. 3 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia. En el caso de Andalucía, ejerce sólo la presidencia honoraria –art. 15 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía–.

o incluso por el presidente de la propia Comunidad<sup>83</sup>— o bien por una persona —en ocasiones se señala de reconocido prestigio en el campo sociolaboral<sup>84</sup>— designada por un órgano político<sup>85</sup>.

En algunos casos se establece igualmente la figura del vicepresidente<sup>86</sup> —normalmente el Director General de Trabajo<sup>87</sup>— que suele sustituir al presidente en los casos de vacante, u enfermedad<sup>88</sup>, si bien en algún supuesto el carácter meramente honorario de la presidencia —sobre todo cuando recae en la figura del Consejero— hace que recaigan sobre este vicepresidente las funciones esenciales de la presidencia<sup>89</sup>; unas funciones estas que se centran básicamente en ostentar la representación del Consejo, convocar las reuniones y presidirlas así como la dirección en general del organismo<sup>90</sup>.

Por su parte, el secretario, cuando es recogido, se identifica en la inmensa mayoría de ocasiones —aunque no siempre<sup>91</sup>— con un funcionario, designado

<sup>83</sup> Art. 4 Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León.

<sup>84</sup> Art. 15 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; art. 1.1 Decreto valenciano 131/2006 de 29 de septiembre.

<sup>85</sup> Este el caso del art. 9 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia, si bien en este supuesto la nueva ley exige la previa aprobación de la propuesta por la mitad más una de las personas miembros de cada una de las dos representaciones que integran el Pleno del Consejo Gallego de Relaciones Laborales, reunido al efecto. En el caso del Consejo de la Comunidad de Madrid, el presidente será designado por el Consejo de Gobierno —art. 4.1.a) y 12 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre—. De acuerdo con el art. 11 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco, “el presidente o la presidenta del Consejo será designado y cesado por éste y nombrado por el Lehendakari”. Igualmente es el Presidente de la Junta de Andalucía, a propuesta del Consejero de Trabajo —hoy de Empleo— el que designa a la persona que preside el CARL —art. 15 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía—.

<sup>86</sup> Sin embargo, la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia, procedió a eliminar esta figura que, además, había estado vacante durante los últimos quince años.

<sup>87</sup> Art. 22 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; art. 24 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 3 del Decreto 22/2005 —Consejo de Aragón—; art. 3 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

<sup>88</sup> Véase el art 3 del Decreto 22/2005 —Consejo de Aragón—; art. 24 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 21 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha. Cuando esta figura no existe la sustitución, en ocasiones, recae en el Secretario —por poner un ejemplo, art. 13.h de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid—.

<sup>89</sup> Este parece ser el caso, por ejemplo, del vicepresidente del Consejo catalán —art. 9.2 de Ley catalana 1/2007, de 5 junio—.

<sup>90</sup> Véanse, por mencionar algunos, el art 4 del Decreto 22/2005 de la Comunidad de Aragón; art. 22 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 7 de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; art. 20 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 3 del Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre; art. 9.2 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 12 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; art. 8 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia; art. 11.2 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; art. 6 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias.

<sup>91</sup> Véase, por ejemplo, el art. 7 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias.

por el presidente<sup>92</sup>, el pleno de Consejo<sup>93</sup> u otro órgano político<sup>94</sup>, y encargado no sólo del impulso y/o coordinación administrativa del ente, sino también de colaborar y ayudar a la presidencia, realizando, sobre todo, la custodia y la certificación de documentos, así como la redacción de las correspondientes actas<sup>95</sup>. En la inmensa mayoría de ocasiones tiene voz pero no voto<sup>96</sup>.

Por su parte, el Pleno, donde suelen estar representadas las distintas organizaciones y, en su caso, la Administración, es, con unas dimensiones ciertamente variables<sup>97</sup>, el órgano supremo de gobierno encargado de las decisiones últimas de gestión del órgano, adoptando sus decisiones por mayoría simple<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Art. 25 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha. Por el consejero o consejera en el caso del Consejo Catalán –art. 10 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio.

<sup>93</sup> Art. 27 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero. De acuerdo con el art. 12 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco “será designado y cesado por el Consejo y nombrado por el Lehendakari”

<sup>94</sup> Art. 1.4 del Decreto de la Comunidad de Valencia 131/2006, de 29 de septiembre, de acuerdo con el cual el secretario será designado por el Subsecretario o, en su caso, por el Director General que ostente las competencias en la citada materia. Por su parte, de acuerdo con el art. 4.2 y 13 de la de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid, el Secretario de esta institución será “designado por el Consejero de Economía y Empleo”.

<sup>95</sup> Sobre las funciones de este órgano pueden consultarse, el art. 29 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; el art. 26 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; el art. 10.3 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; el art. 13 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; art. 9 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia; art. 12.2 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco. Especialmente importantes son las funciones del secretario en el caso del Consejo catalán –véase el art. 10.3 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio–.

<sup>96</sup> A título de ejemplo véase, art. 4.3 y 10.2.i) de la Ley 5/2008 de la Xunta de Galicia o art. 6 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía.

<sup>97</sup> Trece miembros en el caso del Consejo de Relaciones Laborales de Aragón – art 3 del Decreto 22/2005 – , en el art. 1 del Decreto de la Comunidad de Valencia 131/2006, de 29 de septiembre y en el art. 4 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero. Doce miembros en el art. 4 Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; nueve miembros –ocho y el presidente– en el caso del Decreto 36/2001, de 8 marzo, de la Comunidad de Madrid y en el art. 4 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias; este mismo número en el art. 3 del Decreto 7/1999, de 4 febrero, de la Comunidad de Murcia; veinticuatro miembros más el presidente en el Consejo catalán de Relaciones Laborales –art. 4 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio–; catorce personas más el presidente –y el secretario– en el caso del Consejo gallego –art. 4 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia–; veintiocho más el presidente y el secretario en el caso del Consejo Andaluz –art. 5 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía–. Por el contrario, el art. 4 de la Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León lo limita, como vocales, al titular de la Consejería competente en materia de ejecución de la legislación laboral, y por un representante, con el máximo rango, de cada una de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Castilla y León. Ello explica la peculiar composición y funciones de la Comisión permanente en este concreto órgano.

<sup>98</sup> Véase el art 6 del Decreto 22/2005, de la Comunidad de Aragón.

o, a veces cualificada<sup>99</sup> o incluso por unanimidad<sup>100</sup>. Las normas de creación suelen ser especialmente detalladas en relación con la designación de sus miembros –normalmente por un órgano político a propuesta de las respectivas organizaciones<sup>101</sup>, recordándose las exigencias de paridad en las normas más recientes<sup>102</sup>–, la duración del mandato de sus miembros –normalmente cuatro años<sup>103</sup>–, su régimen de constitución<sup>104</sup>, de convocatorias<sup>105</sup> y de adopción de acuerdos<sup>106</sup>. Sólo en ciertas ocasiones se establecen reglas específicas sobre incompatibilidades<sup>107</sup>, derechos, deberes –en especial el de sigilo– y/o de causas de extinción del mandato.

No obstante, la a veces amplia composición de estos Plenos, y los generosos espacios temporales entre una y otra reunión<sup>108</sup>, han hecho que en cada

<sup>99</sup> Art. 3.2 g) de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 7.3 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; mayoría absoluta de las personas que lo integran con derecho a voto en el caso del Consejo Gallego – art. 7.4 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia–. Esta misma exigencia en el art. 6 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia. Mayoría absoluta igualmente en el art. 10 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía.

<sup>100</sup> Art. 6 Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León.

<sup>101</sup> Por mencionar algunos ejemplos, art. 5 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; art. 5 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 4 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 3 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

<sup>102</sup> Por ejemplo, art. 4.2 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; art. 4.1c) de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

<sup>103</sup> Art. 7 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 4 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 4.4 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; art. 5 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 4 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia. Por el contrario el art. 6 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco y el art. 7 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía establecen una duración del mandato de dos años.

<sup>104</sup> Art. 11 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 9 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 7.2 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; art. 4 del Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre; art. 8.3 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid.

<sup>105</sup> Por mencionar tan sólo algunos ejemplos, art. 14 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 12 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 8.2 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; art. 5 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia.

<sup>106</sup> Dos tercios, por ejemplo, en el caso del art. 15 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero y en el art. 13 de Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha. Tres cuartas partes de los presentes en el art. 5 Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre. Unanimidad en el caso de Castilla y León –art. 6 de la Ley 8/2008–. “Mayoría absoluta de los miembros presentes de la representación empresarial y sindical” en el caso del art. 9.1 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid. La “mayoría absoluta de la representación de las personas componentes de cada parte del Consejo” en el art. 8 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco, teniendo en cuenta las reglas sobre voto ponderado recogidas en el mismo precepto.

<sup>107</sup> Por ejemplo, art. 7 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco.

<sup>108</sup> Los periodos de las reuniones ordinarias de los plenos difieren ampliamente entre las distintas normas de creación. Sólo un mes en el caso del art. 6 del Decreto 22/2005 –Consejo de

vez más ocasiones surjan órganos más reducidos, pero de composición igualmente tripartita, como son las Comisiones Permanentes<sup>109</sup>, destinadas, entre otras funciones, a la gestión del órgano en los periodos entre reuniones, al mismo tiempo que preparan las actuaciones del Pleno<sup>110</sup>.

Finalmente, y ya para concluir esta breve exposición, debe destacarse la progresiva importancia que han ido asumiendo los grupos o comisiones de trabajo o especializadas<sup>111</sup>, de composición variable y que, en bastantes ocasiones, han de ser autorizados o creados por el propio Pleno<sup>112</sup>. Normalmente se encargan de elaborar informes o trabajos específicos, o en algunos casos, de desarrollar la participación y diálogo en ciertas materias<sup>113</sup>, destacando en este campo la labor desarrolla –y que le dota incluso de autonomía orgánica– por las denominados Comisiones de Convenios Colectivos –u observatorios para la negociación colectiva<sup>114</sup>– con el objetivo de analizar y fomentar la negociación colectiva de la Comunidad y realizar un seguimiento de la misma<sup>115</sup>.

---

Aragón– y del art. 8 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; dos meses como mínimo en el caso del Consejo gallego – art. 7.3 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia–; trimestral en el caso del art. 11 de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía, del art. 13 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero y en el art. 4 Decreto de la Comunidad Valenciana 131/2006 de 29 de septiembre; cuatrimestral como mínimo en el art. 11 de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha y en el art. 5 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia; semestralmente en el art. 9 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias.

<sup>109</sup> Capítulo II de la Ley 4/1983 del Parlamento de Andalucía; art. 9 y Capítulo II de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; Capítulo II de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; art. 8 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia. Esta misma función es la desarrollada por el “Comité directivo” ex art. 9.2 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias. Ciertamente peculiar es la Comisión Paritaria del Consejo de Diálogo Social de Castilla y León –art. 8 Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León– que partiendo de un Consejo que es, básicamente, una cumbre tripartita, se encarga de preparar las tareas de aquel.

<sup>110</sup> Art. 18 de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 16 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha.

<sup>111</sup> Art. 9 y Capítulo VII de la Ley canaria 2/1995, de 30 enero; art. 9 Ley 8/2008, de 16 octubre, de Castilla y León; Capítulo VII de la Ley 9/2002, de 6 junio, de Castilla-La Mancha; art. 8 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio; art. 11 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia; art. 11 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; art. 7 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia; art. 10 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco; art. 8 del Decreto 122/2002, de 23 septiembre, del Principado de Asturias.

<sup>112</sup> Art. 30 de la Ley 2/1995, de 30 enero, de las Islas Canarias; art. 10 e) y 29 de la Ley 9/2002, de 6 junio de Castilla-La Mancha; art. 8 de la Ley 1/2007, de 5 junio, de la Comunidad de Cataluña; art. 7 de la Orden 10952/1998, de 2 diciembre, de la Comunidad de Madrid; art. 7 del Decreto 7/1999, de 4 febrero de la Comunidad de Murcia; art. 10 de la Ley 11/1997, de 27 junio, del Parlamento Vasco.

<sup>113</sup> Véase, especialmente, el art. 8 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio.

<sup>114</sup> Véase el art. 12 de la Ley 5/2008, de 23 mayo, de la Xunta de Galicia.

<sup>115</sup> VPor ejemplo, el art. 12 de la Ley catalana 1/2007, de 5 junio y los art. 14 a 17 del Decreto 29/2008; los art. 10 y 11 del Decreto 22/2005 –Aragón–. Un supuesto peculiar es la Ley 8/2008, de 4 diciembre de creación de la Comisión Consultiva Regional de Convenios Colectivos en el seno de Consejo Regional de Relaciones Laborales de Castilla-La Mancha.



# LA EXPERIENCIA EN NEGOCIACIÓN COMO FACILITADORA DE LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

JIMENA RAMÍREZ-MARÍN  
Becaria Predoctora

FRANCISCO J. MEDINA  
Profesor Titular

LOURDES MUNDUATE JACA  
Catedrática

*Departamento de Psicología Social*  
Universidad de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Negociación, mediación

Los autores analizan la incidencia de la experiencia en negociación cuando los negociadores se enfrentan a una tarea nueva de conciliación-mediación. Se estudiaron dos grupos de negociadores, los expertos correspondientes a negociadores del SERCLA, y los inexpertos o noveles a la licenciatura de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla. Los negociadores se enfrentaron a una tarea de conciliación-mediación, donde se estudiaron las características del acuerdo alcanzado y la efectividad relacional, entendida como la valoración del acuerdo y de las relaciones con el adversario. Los datos demuestran que los negociadores expertos obtienen mejores acuerdos económicos que los noveles. Sin embargo, los negociadores noveles están más satisfechos con el acuerdo alcanzado y con las relaciones con los adversarios. Los datos apoyan el efecto positivo de la experiencia en la negociación, incluso cuando se enfrentan a tareas nuevas. De este trabajo se extrae, además, que la acumulación de experiencia sin retro-alimentación y sin formación puede ser contraproducente para la obtención de buenos acuerdos en la negociación, ya que los negociadores noveles pueden interiorizar comportamientos ineficaces.

## ABSTRACT

**Key Words:** Bargaining, mediation

The authors analyse the impact of bargaining when negotiators face a new conciliation-mediation task. Two groups of negotiators were examined: experts corresponding to negotiators from SERCLA (Andalusian Service for the Out-of-Court Settling of Labour Conflicts), and non-experts or new experts from the Labour Sciences department at the University of Sevilla. Negotiators faced a conciliation-mediation task; the characteristics of the agreements reached were examined, together with their relative effectiveness, understood as an assessment of the agreement and the relationships with the opponents. The data shows that expert negotiators obtain better economic agreements than new negotiators. However, new negotiators are more satisfied with the agreement reached and their relationship with opponents. The data supports the positive effect of experience in bargaining, even when new tasks are faced. Moreover, according to the study, the accumulation of experience without feedback and without training can be counterproductive to obtain good bargaining agreements since new negotiators may internalise inefficient behaviours.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. La experiencia de los negociadores ayuda a obtener mejores acuerdos
  - 1.2. Cuando un negociador experto se enfrenta a una situación nueva, como una mediación
2. ESTUDIO EMPÍRICO
  - 2.1. Variables
  - 2.2. Tarea de negociación
  - 2.3. Resultados
3. DISCUSIÓN
4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. INTRODUCCIÓN

La necesidad de negociar puede ocurrir a cada momento, bien una vez al día e incluso más de una vez al día. Cuando la posibilidad de conseguir las metas personales no existe sin la colaboración de otra persona, hay que negociar. La negociación es un proceso en el que dos partes discuten con la meta de alcanzar un acuerdo; la mediación es un tipo de negociación en el que terceras partes asisten a los negociadores en su discusión de soluciones ante un conflicto (Carnevale y Pruitt, 1992; Thomas, 1992).

Los asuntos a negociar pueden darse en contextos diversos, como el hogar, al determinar el lugar que se visitará el fin de semana o en el trabajo, al definir quién llevará a cabo determinada tarea. Los modos de solucionar estas diferencias de intereses pueden ser diversas, pero en todos los casos, cuando requerimos de la colaboración de otra persona para conseguir nuestros objetivos debemos negociar. En una negociación en la que existen dos partes, las decisiones de cada uno de los negociadores se ven afectadas mutuamente, es decir son interdependientes y estas decisiones pueden conducir a resultados que a su vez pueden favorecer o perjudicar a una o a ambas partes. Cuando los negociadores no son conscientes de que las decisiones pueden afectarles mutuamente, la asistencia del mediador resulta fundamental, ya que si el mediador colabora para que las partes presenten propuestas de solución razonable, esto reduce la “devaluación reactiva”, es decir disminuye el desprecio existente hacia las ofertas de la contraparte (Ross, 1995).

Tanto en situaciones personales como profesionales, cuando existe un conflicto resulta difícil descifrar las posibles soluciones. En España, los sindicatos y los empresarios negocian periódicamente contratos colectivos y las empresas andaluzas negocian también contratos millonarios en productos o servicios con otras compañías. En estas situaciones, es fundamental alcanzar un punto en el que las partes sentadas en la mesa de negociación sientan que han



ganado, ya que pueden verse afectadas la tranquilidad, la salud o la productividad de las partes.

Las negociaciones ocurren de manera repetida en el tiempo, ya sea con la misma o con diferente contraparte. Asimismo, al negociar en nuestro entorno podemos ir generando una reputación que puede jugar un papel a favor o en contra en futuras negociaciones. Las interacciones repetidas tienden a determinar nuestro comportamiento en el futuro, ya que nuestras expectativas acerca del comportamiento de otras personas se verán confirmadas o desvanecidas después de la primera interacción (O'Connor, Arnold y Burris, 2005). En definitiva, la experiencia en negociación puede afectar a nuestra capacidad para obtener buenos acuerdos, y por este motivo el objetivo del presente trabajo es describir los efectos de la experiencia en negociación, y analizar los efectos de la misma cuando los negociadores se enfrentan a situaciones nuevas, como sucede en la mediación (Moore, 1996).

### **1.1. La experiencia de los negociadores ayuda a obtener mejores acuerdos**

Existe una creencia social acerca de que la experiencia aporta beneficios en la negociación (Loewenstein y Thompson, 2006; Thompson, 1991). Hay varios factores principales que diferencian a las personas con experiencia: en primer lugar, la capacidad del experto para adaptar sus habilidades con el fin de obtener buenos resultados, incluso ante nuevas demandas, y en segundo lugar, la capacidad para transmitir o transferir esas habilidades no sólo a las nuevas situaciones, sino también a otras personas.

La experiencia forma a los negociadores en dos aspectos fundamentales, por lo menos. El primero es la capacidad de identificar los intereses de la contraparte, y el segundo el establecimiento de relaciones de confianza entre las partes. Ante una situación de intereses contrapuestos, la primera tarea de los negociadores consiste en analizar e identificar los propios intereses y prioridades. Por ejemplo, en un convenio colectivo una de las prioridades de los sindicatos puede ser el incremento salarial, mientras que las horas de la semana laboral puede ser la prioridad de la parte empresarial. Sin embargo, la identificación de asuntos y prioridades puede estar sesgada por la racionalidad particular de cada negociador. Bazerman y Neale (1992) describen algunos de los sesgos que llevan a los negociadores a alcanzar resultados en los que no obtienen todo lo que quieren: a) el escalamiento irracional del compromiso, es decir, comprometerse con un curso de acción previamente seleccionado con el que no obtenemos los mejores resultados para nosotros mismos; b) asumir que las ganancias para uno mismo se deben a costos que la otra parte asume, lo que lleva a perder oportunidades de intercambios beneficiosos para ambas partes;

c) anclar las decisiones a información irrelevante, como la oferta de la contraparte; d) ser sensible al modo en que se presenta la información; e) confiar demasiado en la información de primera mano, ignorando datos más relevantes; f) dejar de considerar lo que puede entenderse del proceso de negociación al tomar la perspectiva de la contraparte; y g) tener demasiada confianza en obtener resultados favorables para uno mismo. Por lo tanto, la manera en que los individuos procesan la información en una situación de negociación es una pieza clave que determina su comportamiento frente a la otra parte, y en este aspecto los negociadores expertos pueden tener cierta ventaja.

Aprender a conseguir mejores acuerdos también depende de los resultados específicos y de los comportamientos en las negociaciones previamente desarrolladas. Por ejemplo, Moran y Ritov (2008) utilizaron una tarea de negociación en la que los participantes negociaban en varias ocasiones cambiando de compañero en cada ocasión. Las autoras encontraron que en la medida en que los negociadores ganaban experiencia integrativa, aumentaba su habilidad para estimar las prioridades de la contraparte, por lo que se implicaban más en ofertas de intercambio incluso en etapas tempranas de la negociación. Las autoras atribuyeron la mejora en los acuerdos integrativos al procesamiento de información desarrollado sobre las prioridades de la contraparte. En definitiva, la experiencia permite que las partes identifiquen mejor las necesidades de la otra parte, por lo que tenderán a obtener mejores resultados a medida que avancen las transacciones entre ellas. Es decir, la experiencia integrativa en una primera negociación facilitará la obtención de resultados integrativos en las siguientes negociaciones.

Tinsley, O'Connor y Sullivan (2002) encontraron que cuando uno de los negociadores tiene una reputación distributiva (competitiva), su contraparte se forma prejuicios negativos acerca de sus intenciones, lo que afecta la interacción posterior. Si la interpretación de las acciones es negativa, esto lo llevará a adoptar una postura competitiva en las siguientes negociaciones, compartiendo menos información específica, hablando más del procedimiento y de asuntos superficiales (pequeñas charlas). Durante el proceso, los negociadores pueden verse atrapados en una *espiral distributiva*, es decir que cuando los resultados de una primera negociación son desfavorables, los negociadores interpretan su actuación como un fracaso, experimentan emociones negativas y desarrollan percepciones negativas de su contraparte y del proceso de negociación. Este efecto tiende a estar moderado por la auto-eficacia de los negociadores (O'Connor y Arnold, 1992). La evidencia indica que ante resultados distributivos, los negociadores serán más competitivos y realizarán menos concesiones, llevando una vez más a resultados distributivos en las interacciones siguientes.

Como resulta típico en los negociadores sin experiencia, si el conflicto es percibido como novedoso, los resultados de procesos previos de negociación en

otros conflictos relevantes que no son conocidos por el negociador no resultan de gran ayuda, dado que la transferencia de conocimientos no puede producir un acercamiento a una solución (p.ej.: Bassok y Holyoak, 1989; Novick, 1988). Por lo tanto, si los negociadores sin experiencia no tienen (o no saben acceder) al conocimiento relevante para alcanzar el objetivo, puede aparecer otro tipo de conocimiento que lleve al negociador a alcanzar el objetivo planteado (Bazerman y Carroll, 1987; Bazerman, Magliozzi y Neale, 1985; Neale, Huber y Northcraft, 1987; Neale y Northcraft, 1986; Northcraft y Neale, 1987; Thompson y Hastie, 1990). La evidencia sugiere que incluso la mínima experiencia directa con una situación de negociación previa parecida, es suficiente para generar un conocimiento que mejore los resultados de la negociación (p. ej.: Kelley, 1966; Neale y Northcraft, 1986; Thompson, 1990).

Algunos trabajos han analizado expresamente la relación entre la experiencia negociadora y los resultados obtenidos en la negociación (Moran, Bereby-Meyer y Bazerman, 2008; Steinel, Abele y De Dreu 2007; Thompson, 1990). En uno de estos estudios (Thompson, 1990) se compararon los resultados de negociación entre participantes con experiencia y participantes novatos, en varias negociaciones. Los resultados de este trabajo mostraron diferencias entre personas experimentadas y no experimentadas, tanto en el proceso como en los resultados de la negociación. Los negociadores con experiencia efectuaban demandas más elevadas al inicio del proceso y realizaban menos concesiones a su oponente ya que la precisión de los juicios del negociador sobre la otra parte mejora con la experiencia.

La precisión de los juicios del negociador tiene que ver con la estructura de información que existe en la situación a resolver. Por ello, Murnighan, Babcock, Thompson y Pillutla (1999), en un estudio realizado con directivos de cursos de negociación en la Universidad de Northwestern, analizaron el dilema de la información en situaciones de negociación. Los resultados de este trabajo mostraron que las personas con experiencia obtuvieron mejores resultados que las personas sin experiencia, especialmente en procesos distributivos donde los incentivos eran mayores. Asimismo, los negociadores con experiencia compartieron poca información sobre sus propias preferencias en la negociación.

### **1.2. Cuando un negociador experto se enfrenta a una situación nueva, como es el caso de una mediación**

Si bien la mayoría de los negociadores experimentados son eficaces en situaciones muy específicas, dada la transferencia que hacen de una situación a otra, como hemos visto con anterioridad, sin embargo, cuando el contexto

cambia, su experiencia puede convertirse en un obstáculo (Thompson, 1990, 1991). La pericia del negociador es la capacidad para adaptar el propio conocimiento a una amplia variedad de situaciones de negociación. Los negociadores expertos que tienen dicha competencia realmente desarrollada podrán desenvolverse mejor y ser capaces de adaptar sus estrategias a cada situación porque comprenden las razones de la eficacia de dichas estrategias. Es decir, conocerán estrategias suficientemente abstractas o generales como para poder transferirlas a las diferentes situaciones y a los distintos escenarios. Pero esta situación no tendrá por qué darse cuando la competencia no se encuentra bien desarrollada.

Según se deduce de la literatura sobre el tema (Thompson, 1990), parece efectivamente que la experiencia negociadora no se encuentra directa y positivamente relacionada con la efectividad de los resultados de la negociación. Thompson (1990) analizó tres aspectos relacionados con esta problemática de la relación entre el comportamiento estratégico y los resultados de la negociación: (a) la capacidad de generalización, es decir, la dificultad que tienen los negociadores al enfrentarse a situaciones de negociación diferentes; (b) el efecto de la experiencia asimétrica, es decir, el efecto que se produce cuando los negociadores con más experiencia tratan con negociadores con menos experiencia; y (c) la capacidad de tomar decisiones de calidad, como un posible mecanismo mediante el cual la experiencia puede mejorar o no los resultados de la negociación. Se producen en este sentido algunas evidencias y argumentos que cuestionan la premisa de que la experiencia natural produzca automáticamente la efectividad negociadora (Steinel, Abele y De Dreu, 2007). En primer lugar, la falta de retroalimentación sobre las estrategias empleadas, que habitualmente acompaña a un proceso de negociación, dificulta el desarrollo de la competencia negociadora. En segundo lugar, la memoria resulta selectiva, por lo que las personas tendemos a recordar los éxitos y a olvidar los fallos cometidos. Y, finalmente, la experiencia tiende a mejorar nuestra confianza como negociadores, pero no necesariamente nuestra precisión y competencia negociadora. De hecho, el exceso de confianza puede resultar peligroso ya que puede conducir a las personas a tomar riesgos innecesarios (Thompson, 2001). En definitiva, la evidencia sugiere que los negociadores expertos son una garantía para la obtención de buenos resultados de negociación, sin embargo, existen dudas acerca de su efectividad cuando se enfrentan a situaciones nuevas, como puede ser la de participar en un proceso de mediación. Consecuentemente, el objetivo del presente estudio es analizar si los negociadores expertos son más efectivos que los noveles cuando se enfrentan a situaciones nuevas como puede ser un proceso de mediación-conciliación, donde la negociación es asistida por una tercera parte.

## 2. ESTUDIO EMPÍRICO

Este estudio fue realizado con 43 participantes, divididos en dos grupos: negociadores con experiencia y sin experiencia. 26 participantes conformaron el grupo con experiencia y 17 participantes el grupo sin experiencia. Todos los participantes participaron en una mediación-conciliación. Fueron asignados de forma aleatoria a alguno de los tres posibles papeles: los dos negociadores y el mediador-conciliador.

### 2.1. Variables

#### *Experiencia negociadora*

Hemos considerado como negociadores sin experiencia a aquellos participantes que no tienen experiencia profesional como negociadores, y hemos considerado como negociadores con experiencia a aquellos participantes que tienen experiencia profesional y han afrontado situaciones de conflicto como negociador. El primer grupo estuvo conformado por estudiantes de la licenciatura de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla y el segundo grupo por agentes sociales, en un curso de formación del CARL. Estos negociadores expertos estaban en periodo de formación en el SERCLA. No existen diferencias significativas en ambos grupos en edad, género y formación.

#### *Resultados Económicos de la Negociación*

Los resultados económicos son todos aquellos asuntos que están directamente vinculados a la situación de conflicto. Con ello hemos querido indicar que se trata de aspectos que resultan cruciales y centrales del conflicto, y cuya solución determinará si se ha alcanzado o no el acuerdo. Estos resultados podían alcanzar una de estas tres posibilidades: acuerdo integrativo (o favorable), acuerdo distributivo (o desfavorable) o impasse. Se ha considerado como acuerdo integrativo aquel en el que ambas partes alcanzaban ganancias conjuntas y viables. Se ha considerado como acuerdo distributivo aquel en el que sólo se salva una de las partes a costa de las inversiones de la otra parte, es decir, cuando la parte perjudicada no podría seguir manteniendo su rol empresarial. Se ha considerado como impasse aquella situación en la que las partes no alcanzan ningún acuerdo (integrativo o distributivo) y, por tanto, a través del proceso de negociación no se ha conseguido obtener ningún arreglo entre los participantes implicados.

### *Resultados Relacionales de la Negociación*

Estos resultados se refieren a la apreciación que las partes en conflicto tienen sobre aspectos tales como la calidad de la solución acordada, la satisfacción con la negociación, la comprensión mutua, el clima, y la calidad de las relaciones personales (Medina, Dorado, Cisneros y Munduate, 2001). Así, el resultado global de esta variable ha sido el valor medio obtenido entre los cinco ítems de que se compone, los cuales son los siguientes: (a) la calidad de la solución acordada, (b) la satisfacción con la negociación, (c) las relaciones entre las partes, (d) el clima resultante de la negociación, y (e) la comprensión mutua entre las partes. Esta variable se ha evaluado a través de una escala de cinco valores, que iban desde 1 (valor mínimo) hasta 5 (valor máximo) que se aplicaba al final de la negociación

#### **2.2. Tarea de negociación**

Los datos del presente estudio fueron recogidos siguiendo una técnica de negociación simulada en la que se enfrentaban dos partes contando con la participación de una tercera parte neutra. La simulación “Inversiones Vikingo” está basada en el ejercicio “Viking Investments” (perteneciente a Creative Consensus, Inc, 1999). En “Inversiones Vikingo” hay dos partes implicadas: Carlos Alonso (empresario de la carpintería fina cuya empresa se llama Kema) y Pedro Fernández (quien posee una empresa llamada Vikingo y que se dedica principalmente a la construcción de bienes inmuebles). Ambos participantes suelen colaborar en el área de la construcción manteniendo una relación profesional duradera. Pero, debido a que una de las partes (Pedro Fernández) se ausenta temporalmente, dejando a una persona de su confianza al cargo de la empresa, se toman una serie de decisiones no consensuadas directamente. En este contexto entran en conflicto. Por esto mismo, se introduce la figura del mediador-conciliador que efectúa el intento de alcanzar un acuerdo aceptable para ambas partes. Los diferentes aspectos sobre los que se tienen que alcanzar un acuerdo son importantes para superar una situación que ambas partes ven como infranqueable, pero a los que les interesa resolverlo antes de convertirlo en un problema legal.

El procedimiento que se siguió fue el siguiente: (a) En primer lugar, se asignaron diferentes roles a cada uno de los participantes, siendo posteriormente puestos en situación según el papel que debían adoptar dentro del conflicto. Los participantes en la simulación fueron introducidos en el contexto del conflicto indicándoles que iban a participar en la misma debiendo asumir diferentes roles. Una vez que cada uno de los participantes sabía qué rol desempeñar y en qué grupo debía llevar a cabo la simulación, se les aportaba el texto

escrito donde se describía la situación experimental, teniendo que adoptar cada uno de los participantes la realidad del personaje que tenía que encarnar. (b) En segundo lugar, se les asignó un tiempo de una hora y media para que intentasen resolver el conflicto en sus diversos aspectos. (c) En tercer lugar, los participantes pusieron por escrito conforme al grupo al que pertenecían los resultados alcanzados, una vez finalizada la negociación, en el tiempo asignado. Así se determinó el resultado alcanzado. Además, también por escrito pero de forma individualizada, evaluaron por un lado, los resultados relacionales del proceso de negociación. Por otro lado, para considerar si la intervención de los mediadores-conciliadores pudiera influir en los resultados, se preguntó a los negociadores sobre las intervenciones del mediador mediante una escala de cinco puntos con los siguientes indicadores: (a) el grado en que escuchó a las partes, (b) el grado en que le trató de forma equitativa, (c) el grado en que comprendió sus intereses, (d) el grado en que ayudó a comprender los intereses de la otra parte, (e) el grado en que estuvo implicado en la generación de alternativas que facilitarían llegar a un acuerdo, y (f) el grado en que ejerció presión para llegar a un acuerdo.

### 2.3. Resultados

Los análisis estadísticos han sido realizados mediante el paquete estadístico SPSS. Para el análisis de los datos se han utilizado diferentes estadísticos descriptivos e inferenciales. En la tabla 1 se presentan los estadísticos descriptivos diferenciando en función de la experiencia de los negociadores.

Tabla 1. Estadísticos descriptivos de los resultados relacionales obtenidos por los negociadores en función de su grado de experiencia.

	Negociadores con experiencia		Negociadores con experiencia		Total						
	M	D.T.	M	D.T.	M	D.T.	1	2	3	4	5
Resultados relacionales	2,96	1,00	3,65	1,50	3,24	1,26	0,88	0,80	0,85	0,83	0,81
1. Calidad de la solución acordada	2,42	1,18	3,29	1,53	2,78	1,39	–	0,81	0,70	0,69	0,70
2. Satisfacción	3,04	1,20	3,41	1,37	3,20	1,27	–	–	0,62	0,60	0,57
3. Relaciones entre las partes	3,12	1,36	3,59	1,46	3,32	1,40	–	–	–	0,80	0,74
4. Clima resultante	3,42	1,14	3,88	1,27	3,61	1,20	–	–	–	–	0,65
5. Comprensión mutua entre las partes	2,63	1,01	3,71	1,21	3,07	1,21	–	–	–	–	–

Nota: Todas las correlaciones son significativas

En la tabla 1 podemos observar la tendencia general de que los negociadores sin experiencia obtienen mejores resultados relacionales que los negociadores con experiencia en todos sus indicadores. En la siguiente tabla (tabla 2) ofrecemos la descripción de los resultados obtenidos entre las variables experiencia negociadora y los resultados económicos obtenidos:

Tabla 2. Resultados económicos en relación con la experiencia negociadora.

	Negociadores Con experiencia	Negociadores Sin experiencia	Total
<b>Integrativos</b>	19	6	25
Distributivos	–	7	7
Impasse	7	4	11
Total	26	17	43

Como podemos observar en dicha tabla, 19 negociadores con experiencia obtuvieron acuerdos integrativos, 6 obtuvieron acuerdos distributivos y 7 no llegaron a ningún tipo de acuerdo. En el caso de los negociadores sin experiencia, seis llegaron a acuerdos integrativos, 7 a acuerdos distributivos y 4 no llegaron a ningún tipo de acuerdo. Se realizó la prueba Chi-cuadrado donde por un lado se introdujo la variable “Experiencia” y por otro la variable “Resultados económicos”. Los resultados de dicho análisis demostraron que se producía una diferencia significativa entre los grupos con experiencia y sin experiencia ( $X^2=13,276$ ;  $p<0,05$ ). Dentro del grupo “con experiencia” los resultados, en su mayor parte, son integrativos, y sólo un 26,92 % de los mismos llegan a una situación de impasse, sin darse ningún caso de resultados distributivos. En el caso del grupo sin experiencia destacan los resultados distributivos (41,17 %) sobre los resultados integrativos (35,29 %). Podemos verlo de forma más gráfica en la figura 1.



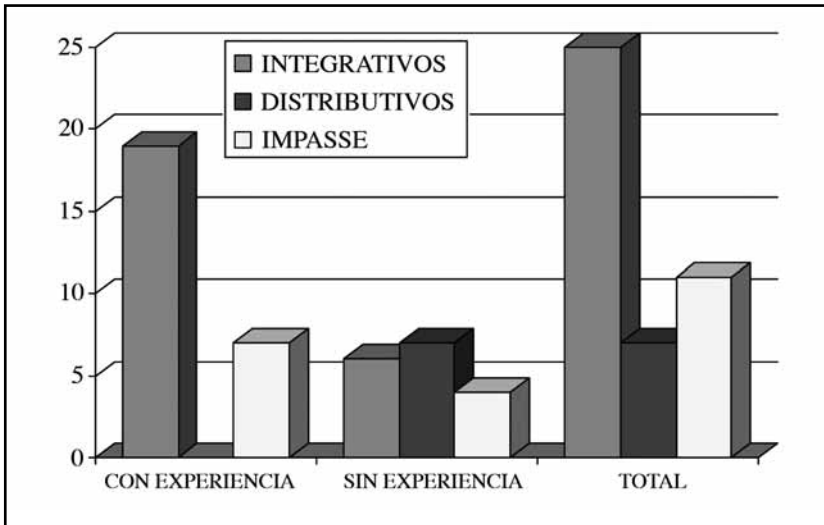


Figura 1. Resultados económicos obtenidos en función de la experiencia negociadora.

### 3. DISCUSIÓN

El primer hallazgo del presente estudio consiste en el hecho de que los negociadores expertos consiguen mejores resultados integrativos que los negociadores novatos. Es decir, los negociadores expertos obtienen resultados óptimos en las negociaciones, resultados donde se supera el punto de compromiso, o la mitad de las aspiraciones de todas las partes. Los datos del presente trabajo son coincidentes con otros estudios previos donde se constata que los negociadores expertos obtienen mejores resultados que los negociadores novatos. Una explicación de este hecho es que los negociadores expertos han adquirido a lo largo de su experiencia y de su formación habilidades para gestionar las tareas de motivos mixtos –cooperación y competición– como la negociación. El negociador ha adquirido mediante su experiencia las habilidades necesarias tanto para crear valor para las diferentes partes en conflicto como para reclamar valor para sí mismo (Neale y Bazerman, 1991).

En esta misma línea, Neale y Bazerman (1985) indican que es más frecuente que se alcancen soluciones integrativas cuando los negociadores tienen la oportunidad de ganar experiencia en la ejecución de sus funciones. Otra posible explicación a estos resultados es que la precisión de los juicios del

negociador sobre la otra parte mejora con la experiencia, consiguiéndose también mejoras en el desarrollo o la ejecución de la negociación (Thompson, 1990). Esta precisión en los juicios del negociador tiene que ver con la estructura de información que existe en la situación a resolver (Murnighan, Babcock, Thompson y Pillutla, 1999). Es decir, que los negociadores con experiencia, aún cuando no reciban información, consiguen alcanzar éxito en su desempeño debido a que obtienen información durante el proceso de resolución del conflicto y usan estrategias distributivas o integrativas con un impacto igualmente efectivo.

El segundo hallazgo del presente estudio es la constatación de la tendencia por parte de los negociadores novatos a la obtención de mejores resultados relacionales en las negociaciones a las cuales se enfrentan. Este resultado nos indica que los negociadores novatos perciben que los resultados son de mayor calidad y consideran que se han comprendido los intereses mutuos en mayor medida que los negociadores expertos, a pesar de que los resultados económicos sean mucho más deficientes para ellos y las organizaciones a las que representan. Este resultado es sorprendente, y nos indica que la percepción de la situación no es un criterio necesariamente relacionado con la bondad del acuerdo.

Una posible explicación a esta incongruencia es que los negociadores novatos tienen una forma particular de juzgar el proceso y los resultados de la negociación en la que participan, diferente a la de los negociadores expertos. Una forma de analizar dichas cogniciones se deriva de los estudios sobre los guiones o "scripts". Los guiones son estructuras cognitivas que las personas tenemos sobre las situaciones y que guían nuestra conducta (Abelson, 1981). Estos guiones hacen que cuando las personas se enfrentan a una negociación tienen expectativas de los pasos que sucederán y de los comportamientos que serán apropiados para desarrollar la negociación. O'Connor y Adams (1999) analizaron los guiones que negociadores expertos e inexpertos tenían sobre la negociación, demostrando que los negociadores novatos poseen una serie de guiones cognitivos acerca del proceso y de los resultados de la negociación. Así, y en cuanto al proceso: (a) los negociadores novatos tienden a asumir que los intereses de ambas partes son incompatibles, es decir, perciben a la negociación como una situación de interdependencia negativa; (b) en segundo lugar, dichos negociadores consideran que la negociación está caracterizada por una serie de acuerdos producidos de forma secuencial. Es decir, consideran que en la negociación se tratan los elementos en conflicto de forma separada, produciendo una serie de acuerdos puntuales sobre los mismos. (c) Por último, los negociadores novatos creen que la negociación es una actividad competitiva, donde la utilización de acciones de confrontación es algo corriente e inexorable. Estos elementos del proceso ayudarían a entender que los negociadores novatos obtuvieran resultados de mala calidad en las negociaciones, dado que

tienen dificultades en reconocer las situaciones con potencial integrativo, es decir muchos negociadores novatos, fruto de estos sesgos cognitivos, pueden tener dificultades para reconocer oportunidades para lograr acuerdos mutuamente beneficiosos, lo que implica un obstáculo importante en la negociación (Kahneman Y Tversky, 1994).

En segundo lugar, un resultado sorprendente del trabajo de O'Connor y Adams (1999) se deriva de la valoración que los negociadores novatos realizan sobre los resultados que obtienen. Así los negociadores novatos consideran como un éxito de la negociación el no llegar a un acuerdo (impasse) y la intervención de una tercera persona en el proceso. Estas cogniciones van en contra de las recomendaciones realizadas por los investigadores sobre la negociación. Por ejemplo, hay evidencia de que el *impasse* es una situación muy negativa para los negociadores, ya que los fracasos en llegar a un acuerdo producen una disminución de su eficacia percibida, una menor valoración del adversario y un descenso en las posibilidades de éxito de futuros encuentros negociadores (O'Connor y Arnold, 2001). En el caso de la mediación, ésta es una buena medida de solución de conflictos, únicamente cuando fallan los intentos negociadores (Pruitt y Carnevale, 1993). Los datos del presente estudio confirman indirectamente los resultados del trabajo de O'Connor y Adams (1999) sobre la valoración de los resultados realizada por los negociadores novatos. Así, un análisis de varianza, donde el acuerdo –favorable, desfavorable e *impasse*- y la experiencia de los participantes –con o sin experiencia- fueron introducidas como variables independientes, y la satisfacción como la variable dependiente, nos muestra que aquellos participantes sin experiencia que obtienen resultados desfavorables se sienten más satisfechos con los acuerdos alcanzados ( $M: 4,42$ ) que los participantes con experiencia ( $M: 2,5$ ),  $F(5,32) = 5,75$ ,  $p < 0,01$ . En definitiva, parece ser que, o bien los negociadores novatos tienen dificultades para identificar aquellos acuerdos que le benefician o perjudican, o bien éstos tienen unas expectativas erróneas acerca de dichos resultados. Del mismo modo, su satisfacción con la negociación parece estar más vinculada con determinadas variables del proceso negociador como las intervenciones del mediador o con sus características personales que con los resultados obtenidos.

El conocimiento de cómo los negociadores novatos entienden el proceso negociador nos aporta claridad acerca de los motivos por los cuales dichos negociadores cometen errores. Los datos del presente estudio nos hacen suponer que la acumulación de experiencia por sí sola, sin obtener retroalimentación ni *feedback* acerca del rendimiento alcanzado, es una estrategia poco pertinente para conseguir buenos acuerdos en la negociación. Es más, estas experiencias de malos acuerdos obtenidos por parte de los negociadores noveles son valoradas como muy satisfactorias, por lo que se puede correr el riesgo de generalizar e interiorizar comportamientos poco efectivos. Desde un punto de vista

práctico, el presente trabajo refuerza el sistema del SERCLA mediante la utilización de negociadores expertos como mediadores. Sin embargo, los datos también resaltan la necesidad de formación de los negociadores que ejerzan tareas de mediación, ya que pueden cometer errores sistemáticos, dificultando los acuerdos de calidad, a pesar de que su propia percepción de su labor como negociador o mediador sea positiva.

#### 4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abelson, R. P. (1981). "The psychological status of the script concept". *American Psychologist*, 36, 715-729.
- Bassok, M. y Holyoak, K. (1989). "Interdomain transfer between isomorphic topics in algebra and physics". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, 15, 153-166.
- Bazerman, M. H. y Carroll, J. S. (1987). "Negotiator cognition". En B. Staw y L. L. Cummings (Eds.), *Research in Organizational Behavior*, vol. 9 (pp. 247-288). Greenwich, CT: JAI Press.
- Bazerman, M. H.; Magliozzi, T. y Neale, M. A. (1985). "Integrative bargaining in a competitive market". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 35(3), 294-313.
- Bazerman, M. H., y Neale, M. A. (1992). *Negotiating rationally*. New York: Free Press.
- Bazerman, M. H.; Russ, L. E. y Yakura, E. (1987). "Post-settlements in dyadic negotiations: The need for renegotiation in complex environments". *Negotiation Journal*, 3, 283-297.
- Carnevale, P. J. y Pruitt, D. G. (1992). "Negotiation and mediation". *Annual Review of Psychology*, 43, 531-582.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (1994). "Conflict resolution: a cognitive approach". En K. J. Arrow (Ed.). *Barriers to conflict resolution*. New York: Norton.
- Kelley, H. H. (1966). "A classroom study of the dilemmas in interpersonal negotiations". En K. Archibald (Ed.), *Strategic interaction and conflict: Original papers and discussion* (pp. 49-73). Berkeley, CA: Institute of International Studies.
- Loewenstein, J., y Thompson L. (2006) Learning to negotiate: Novice and Experienced Negotiators. En Thompson, L. *Negotiation Theory and Research*. New York: Psychology Press.
- Medina, F. J.; Dorado, M. A.; Cisneros, I. F. J. y Munduate, L. (2001) *Behavioral Sequences in Conflict Effectiveness*. 14th Conference of the International Association for Conflict Management. Cergy (París), Francia, 2001.

- Moore, C. (1996). *The mediation process: Practical strategies for resolving conflict*. San Francisco, CA: Jossey-Bass.
- Moran, S., y Ritov, I. (2008). Experience in integrative Negotiations: What needs to be learned? *Journal of Experimental Social Psychology*, 43,77-90.
- Moran, S., Bereby-Meyer, Y., & Bazerman, M. H. (2008). Stretching the effectiveness of analogical training in negotiations: Teaching diverse principles for creating value. *Negotiation and Conflict Management Research*, 1(2), 99–134.
- Murnighan, J. K.; Babcock, L.; Thompson, L. y Pillutla, M. (1999). 'The information dilemma in negotiations: Effects of experience, incentives and integrative potential'. *International Journal of Conflict Management*, vol. 10 (4), 313-339.
- Neale, M. A. y Bazerman, M. H. (1985). "The effect of framing and negotiator overconfidence on bargaining behaviors and outcomes". *Academy of Management Journal*, 28, 34-49.
- Neale, M. A. y Bazerman, M. H. (1991). *Cognition and rationality in negotiation*. New York, NY: Free Press.
- Neale, M. A.; Huber, V. L. y Northcraft, G. (1987). "The framing of negotiations: Contextual versus task frames". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 39, 228-241.
- Neale, M. A. y Northcraft, G. (1986). "Experts, amateurs, and refrigerators: comparing expert and amateur negotiators in a novel task". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 38, 305-317.
- Northcraft, G. B. Y Neale, M. A. (1987). "Experts, amateurs, and real estate: An anchoring-and-adjustment perspective on property pricing decisions". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 38, 84-97.
- Novick, L. (1988). "Analogical transfer, problem similarity, and expertise". *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, 14, 510-520.
- O'Connor, K. M. y Adams, A. A. (1999). "What novices think about negotiation: A content analysis of scripts". *Negotiation Journal*, Apr., vol. 15 (2), 135-147.
- O'Connor, K. M. y Arnold, J. A. (2001). "Distributive spirals: Negotiation impasses and the moderating effects of disputant self-efficacy". *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 84, 148-176.
- O'Connor, K., Arnold, J. and Burris, E. (2005). Negotiators' bargaining histories and their effects on future negotiation performance. *Journal of Applied Psychology*, 90 (2), 350 – 362.
- Pruitt, D. G. y Carnevale, P. J. D. (1993). *Negotiation in social conflict*. Pacific Grove, CA: Brooks-Cole.
- Ross, L. (1995) Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution. En K. J. Arrow, R.H. Mnookin, L. Ross, A. Tversky, & R. B. Wilson.



# PROBLEMÁTICA DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

FEDERICO NAVARRO NIETO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Negociación Colectiva, Estructura

A partir de una caracterización de la estructura de la negociación colectiva y de la descripción de ciertos factores relevantes en este sentido, el estudio aborda la problemática jurídica generada por las intervenciones legislativas en esta temática. En primer lugar, los instrumentos normativos a través de los que se atribuye a la autonomía colectiva el protagonismo en la racionalización de la estructura de la negociación colectiva, respecto de los que la doctrina del TS más reciente plantea algunas dudas interpretativas. Se detiene el estudio en segundo lugar en el análisis de los delicados problemas aplicativos del art. 84 LET, en particular la sanción aplicable a los convenios que incumplen las reglas de los diversos párrafos del precepto en cuestión. Se aborda en tercer lugar, el estudio de otros aspectos normativos relacionados con la vigencia temporal del convenio colectivo y su efecto sobre la estructura de la negociación a la luz de la jurisprudencia más reciente. Finalmente, merece atención la evolución del sistema negocial, que avanza hacia un paradigma contractual basado en la centralización, la articulación y la especialización funcional de las distintas unidades de negociación. El estudio concluye planteando la necesidad de avanzar hacia un modelo español de coordinación sectorial y descentralización organizada, caracterizado por la simplificación de las unidades de negociación, su articulación y la reserva de un espacio propio a los mecanismos de negociación descentralizada.

## ABSTRACT

**Key words:** Collective Bargaining, Structure

From a characterisation of the collective bargaining structure and the description of certain relevant factors, the study tackles the legal problems generated by legislative intervention on this subject. Firstly, normative instruments through which collective autonomy is granted prominence in the rationalisation of the collective bargaining structure; to this regard, recent Supreme Court doctrine gives rise to certain doubts on interpretation. Secondly, the analysis of delicate implementation problems regarding art. 84 LET, in particular the sanctions applicable to agreements that do not comply with the provisions established therein. Thirdly, the study of other legal aspects regarding the time enforcement of collective agreements and its effect on the bargaining structure in view of more recent case law. Finally, the evolution of the bargaining system is analysed, advancing towards a contractual paradigm based on centralisation, articulation and functional specialisation of the different bargaining units. The study concludes by setting out the need to advance towards a Spanish sectoral coordination and organised decentralisation model characterised by the simplification of bargaining units and their articulation, reserving a space for decentralised bargaining mechanisms.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: FACTORES RELEVANTES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL
2. CARACTERIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA
3. EL MARCO JURÍDICO SOBRE LA ESTRUCTURA Y LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. El marco constitucional y legal
  - 3.2. Intervenciones normativas en la ordenación de la estructura y en la articulación de la negociación
4. LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN EN LA LET
  - 4.1. Los acuerdo interprofesionales y convenios colectivos ex art. 83.2 LET como instrumentos de ordenación del sistema de negociación
  - 4.2. Las reglas de coordinación de unidades de negociación del art. 84 LET
  - 4.3. Otros aspectos normativos que inciden en la estructura y articulación de convenios
5. LA DISCIPLINA CONTRACTUAL DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
6. LA NECESIDAD DE UN MODELO ESPAÑOL DE COORDINACIÓN SECTORIAL Y DESCENTRALIZACIÓN ORGANIZADA

## 1. INTRODUCCIÓN: FACTORES RELEVANTES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

El tema que se aborda está referido a la problemática de la estructura negocial en sentido amplio, en su acepción comúnmente aceptada en nuestra doctrina como la red de unidades de negociación (a partir de criterios funcionales, territoriales, personales y temporales de delimitación) y las relaciones existentes entre las mismas en un determinado sistema de negociación colectiva<sup>1</sup>.

El tema es sin duda complejo, por dos motivos en particular. En primer lugar, porque refleja la complejidad de la autonomía colectiva negocial como

<sup>1</sup> Véase, Martín Valverde, “Concurrencia de convenios colectivos de trabajo”, en BORRAJO (Dir), *Comentario a las Leyes Laborales*, tomo XII, vol. 2º, Edersa, 1995, y, del mismo, “Estructura y proceso de la negociación colectiva”, en *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 18, 1992; Rivero Lamas, “Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.997”, en REDT, nº 89, 1.998; Valdes Dal-Ré, “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva” (1.983), en la obra del mismo, *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, MTAS, Madrid, 1.996; Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, 1994; Rodríguez Fernández, *La estructura de la negociación colectiva*, Lex Nova, 2000; Merino Segovia, *La estructuración legal y convencional de la negociación colectiva*, Civitas, 2000; López Terrada, *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Tirant lo Blanch, 2000; Rodríguez-Piñero Royo, “La articulación de la negociación colectiva”, en *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, 2003; Cruz Villalón, “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, en RMTAS, nº 68, 2007.



poder normativo, caracterizado por la autonomía normativa de las unidades de negociación, la diversidad interna de normas y la riqueza de tipologías y funciones de los distintos convenios que conviven en su interior. Las reglas sobre la ordenación del sistema negocial constituyen el reflejo al fin y al cabo de la propia autonomía colectiva como sistema normativo dinámico, policéntrico y abierto a influencias extrajurídicas.

En segundo lugar, la complejidad se deriva de la extraordinaria imbricación entre los datos normativos y las variables extrajurídicas. Influyen factores económicos y ligados al tejido productivo: la apertura a la competencia internacional, las dimensiones de las empresas, diversidad de los mercados según ámbitos geográficos y variedad de las actividades sectoriales. En el caso español, hay que considerar la caracterización de nuestro tejido productivo heterogéneo y dominado por las PYMES. Este dato nos ayuda a entender que, a pesar de la relevancia cuantitativa de los convenios de empresa, el tejido negocial se caracteriza por la ausencia de cobertura negocial por este tipo de convenios en muchos sectores, y ello hace que los convenios sectoriales y territoriales puedan jugar en diferentes sentidos (centralizadores o descentralizadores). Influyen también factores vinculados a las características de las relaciones laborales, siendo en este caso esencial considerar los factores históricos en la formación y desarrollo del sistema, por un lado, y, por otro, las características de las organizaciones de empresarios y de trabajadores, sus intereses y estrategias. Estas variables son relevantes en la explicación de las características de nuestro sistema de negociación. Por ejemplo, la atomización y descoordinación del sistema o también la escasa experimentación de cambios en la estructura negocial en los años 80 (que está relacionada con la estrategia de los actores colectivos en estos años, centrados en el objetivo de su consolidación y en la concertación social).

Junto a estos factores, es sin duda relevante el factor jurídico. En este sentido en la explicación de nuestra estructura negocial es necesario contemplar el efecto cristalizador de las previsiones de la LET de 1980. Las tendencias estabilizadoras de la Ley vienen facilitadas por los infructuosos desarrollos de las facultades previstas en el apartado 2º del art. 83 LET. Vienen también facilitados por la pervivencia de las Ordenanzas Laborales, que contribuye sustancialmente a la petrificación de la estructura y contenidos negociales, justificando la pasividad de las organizaciones sindicales y patronales mayoritarias. Una de las razones de esta “pereza negocial” es que se va tomando consciencia de que la derogación de una regulación sectorial obligaba a dichas organizaciones a plantearse no sólo la necesidad de una regulación sustitutoria, sino a repensar la estructura negocial para el sector.

## 2. CARACTERIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

En la estructura de la negociación influyen por tanto una diversidad de variables. En nuestro caso una conclusión importante es que estos factores históricos y organizativos, apoyados en las características del marco jurídico, han contribuido a solidificar un panorama de “unidades típicas” de negociación y a petrificarlo en buena medida hasta tiempos recientes, generando una especie de paradigma de estructura de negociación sobre cuyas características existe un amplio consenso en la doctrina científica. Los problemas de nuestra estructura negocial están en la combinación de dos características: de una parte, la atomización de las unidades de negociación; de otra, la falta de coordinación o articulación entre ellas. Características que además no responden a la propia dinámica del tejido productivo, sino a la inercia histórica del sistema. Hablamos de patologías que se asientan en el periodo franquista y que se han enquistado en nuestra estructura de negociación.

En la actualidad, la problemática de la estructura y articulación de la negociación colectiva cobra mayor relevancia desde la perspectiva del gobierno de la negociación colectiva si se toma en consideración una serie de datos en la evolución del sistema jurídico: la ampliación del espacio de la negociación colectiva, el crecimiento de la complejidad de las funciones reguladoras que se le atribuyen, su diversificación y especialización (tratando de ligarla particularmente a la gestión organizativa del trabajo en la empresa), y finalmente la diversificación de la tipología de productos de la negociación (frente a la realidad típica de un convenio emulador de la ley, centrado en la regulación de condiciones de trabajo y de efectos uniformadores). Por otro lado, el creciente significado de la estructura y articulación de unidades de negociación en el sistema negocial también explica la creciente intervención legal sobre la propia distribución del poder de negociación.

Siendo diversas las soluciones en la configuración de la estructura negocial, en mi opinión un modelo español de coordinación sectorial y descentralización organizada es un modelo óptimo desde el punto de vista macroeconómico, desde la óptica de los intereses de los trabajadores y desde la perspectiva de las exigencias que el tejido empresarial impone a la negociación. Este modelo exige en todo caso una estructura negocial caracterizada por la simplificación de las unidades de negociación, su articulación y la reserva de un espacio propio a los mecanismos de negociación descentralizada.

Me voy a limitar aquí a dos anotaciones. En primer lugar, es generalizada la observación de que el modelo de estructura de negociación española es un modelo típicamente intermedio donde el centro de gravedad de la negociación es el nivel sectorial (frente al intersectorial y el empresarial) (y las estadísticas

lo avalan sin duda), con resultados menos eficientes en el campo macroeconómico y del mercado de trabajo. La ineficiencia se ve agravada por dos motivos. El primero es que como modelo intermedio no sólo se caracteriza por la prevalencia del nivel sectorial de negociación, sino que además el nivel sectorial es escalonado siguiendo una lógica de mejora –nivel sectorial estatal y provincial-. El segundo es que la preeminencia del nivel intermedio de negociación responde a factores institucionales (ligados a la herencia del modelo franquista) más que a exigencias del tejido productivo. La segunda nota relevante es que la creciente complejidad de los contenidos de la negociación y su relación con diferentes funciones negociales no parece adaptarse a modelos negociales donde los convenios se comportan como regulaciones totalizantes en su ámbito de regulación y donde, por consiguiente, los diversos niveles de negociación tienden a homogeneizarse en sus funciones.

El repaso de las estadísticas sobre convenios colectivos de la última década confirma la continuidad de nuestro modelo de estructura negocial, aunque con ciertos ajustes que quizá son premonitorios de una ruptura en determinadas variables en la negociación española.

Si nos atenemos únicamente al porcentaje de trabajadores cubiertos por cada tipo de convenio, que es considerada la variable más significativa para el análisis de la estructura de la negociación colectiva, caben las siguientes conclusiones. En primer lugar, la pérdida de importancia relativa de los convenios de empresa (del 13,1% de trabajadores cubiertos de 1996 al 11% de 2007); en segundo lugar, el aumento de la importancia relativa de los convenios provinciales hasta mediados del 2002 (desde el 51,9% en 1996 hasta casi el 54,6% en 2002), que sin embargo decrece significativamente a partir de este año (en torno al 51,8% en 2007); en tercer lugar, la estabilidad de los convenios nacionales (siempre en torno al 25%), aunque con un repunte en los últimos años (en 2007 se alcanza el mayor porcentaje de trabajadores cubiertos por convenios estatales en la serie estadística con el 27,5%); en cuarto lugar, el papel modesto y ligeramente decreciente en los últimos años de los convenios autonómicos (del 5,3% en 1996 hasta el máximo del 10,4% en 2003, y el 8% en 2007)<sup>2</sup>.

Podría interpretarse que el aumento del porcentaje de convenios provinciales y autonómicos desde 1996 está relacionado con la reforma del art. 84 LET en 1994, y al mismo tiempo que el peso decreciente de ambos tipos de

<sup>2</sup> Me he servido como fuentes estadísticas de los siguientes estudios, CES, *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de 2007*, Madrid, 2008, pág. 423 y sigs.; *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2007.

convenios sectoriales y el crecimiento del papel de los sectoriales estatales está ligado al creciente protagonismo de éstos últimos en la ordenación de la estructura de la negociación en esta década.

### 3. EL MARCO JURÍDICO SOBRE LA ESTRUCTURA Y LA ARTICULACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### 3.1. El marco constitucional y legal

Como he señalado, el factor jurídico ha tenido influencia en la caracterización de la estructura de la negociación colectiva en España. Por ello parece oportuno partir del marco constitucional y legal en el encuadramiento del análisis jurídico, para analizar críticamente con posterioridad las distintas intervenciones normativas en la ordenación de la estructura y en la articulación de las unidades de negociación.

Como es conocido, la CE garantiza el derecho a la negociación colectiva prefigurando los núcleos normativos sobre los que se construye el derecho y establece una garantía institucional de la negociación. La garantía institucional lo es respecto de una institución en abstracto dejando un importante margen regulador al legislador<sup>3</sup>. En el terreno de la estructura negocial el respeto del espacio vital de la negociación exigiría la garantía de un espacio propio de la autonomía colectiva en la ordenación del tejido negocial y, con carácter particular, el respeto a la libre elección del ámbito de negociación. Pero como decimos la CE deja un margen significativo al legislador. Hay que decir que la respuesta legislativa a este mandato constitucional se sitúa en la órbita de los modelos continentales de intervención jurídica, que se caracterizan por una intervención estatal de tipo “estructural” sobre la negociación<sup>4</sup>, con una regulación legal basada en diversas motivaciones y con diferentes planos de regulación que abarcan los principales aspectos estructurales de la negociación (legitimación negocial, estructura de la negociación, funciones y contenidos, aspectos procedimentales y eficacia de la negociación).

<sup>3</sup> VALDES DAL-RE, “*El modelo español de negociación colectiva (I)*”, en *Relaciones Laborales*, nº 9, 2006.

<sup>4</sup> Frente a modelos de garantismo “débil” de la negociación sobre un principio de *laissez-faire* colectivo o de garantismo “fuerte” de tipo promocional, donde el legislador puede incidir en el desarrollo de la negociación aportando recursos normativos que no inciden directamente en la negociación colectiva (fijando prerrogativas legales y reconociendo poderes y derechos a los sindicatos, reforzando su capacidad representativa en la empresa). Cfr. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, págs. 301 y sigs.

Las competencias de la negociación colectiva lo son de atribución constitucional, pero en nuestro sistema jurídico es la regulación legal la que, amparándose en una política del derecho de promoción de la negociación, establece el reparto de funciones y territorios normativos entre la ley y la autonomía colectiva, a las que quedan por tanto vinculadas las reglas de ordenación de la estructura negocial.

El actual modelo legal de negociación se basa en los siguientes elementos. En primer lugar, la libertad de elección de la unidad de negociación (art. 83.1 LET). Ha observado el TC que estamos ante “una de las reglas generales por las que se ha de regir el sistema de negociación colectiva en un contexto de libertad sindical y autonomía colectiva, en el que, a diferencia de lo que ocurre en un régimen de tipo corporativo o de signo autoritario, la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación del convenio colectivo corresponde a las partes”<sup>5</sup>. En segundo lugar, el reconocimiento de la igualdad entre convenios colectivos, a partir de la premisa de que los convenios colectivos son instancias autónomas de regulación. Este principio sin embargo es matizable, de un lado, porque la misma ley atribuye a ciertos acuerdos o convenios el poder jurídico para identificar unidades de negociación y delimitar sus competencias reguladoras; de otro lado, porque indirectamente el legislador asigna una relevancia normadora diferente a las distintas instancias contractuales colectivas a partir del creciente juego de criterios legales de ordenación competencial y aplicativa. En tercer lugar, se establece una ordenación de los sujetos con legitimación negocial para las unidades “típicas” de negociación estatutarias mediante requisitos de representatividad de los negociadores. En cuarto lugar, se establecen reglas legales de ordenación competencial y aplicativa entre ámbitos de negociación que se plasma en lo que doctrinalmente se denominan “reglas de coordinación” entre convenios colectivos<sup>6</sup>: es decir, criterios de preferencias competenciales entre unidades de negociación en determinadas materias y criterios de solución de conflictos entre convenios. En quinto lugar, se reconoce legalmente el protagonismo de la autonomía colectiva en el gobierno del sistema negocial mediante una opción legislativa que atribuye determinados poderes normativos a sujetos investidos de ciertos requisitos de representatividad en los niveles superiores de negociación. Se les confiere el poder de establecer reglas de coordinación con carácter preferente o con carácter subsidiario a las reglas de coordinación de origen estatal.

<sup>5</sup> STC 136/1987.

<sup>6</sup> Siguiendo la propuesta metodológica de Martín Valverde, “*Concurrencia de convenios colectivos de trabajo*”, cit. págs. 113 y sigs, las reglas de ordenación de las relaciones entre convenios colectivos se integran en la categoría genérica de “las normas de coordinación de los convenios colectivos” cuyo objetivo es introducir un cierto orden en la estructura de la negociación colectiva a partir de un conjunto no jerarquizado de convenios colectivos.

Es indudable que el proceso de juridificación de la negociación se traduce actualmente en una red de reglas de coordinación (que no se limitan a los arts. 83 y 84 LET) mediante la que el legislador asigna diferentes valencias funcionales y normativas a las distintas unidades de negociación. Ahora bien, ello no debería ir más allá del objeto de toda norma de coordinación que es el establecimiento de un cierto orden en la estructura de la negociación colectiva a partir de un conjunto no jerarquizado de convenios colectivos mediante la elección de la norma aplicable en supuestos de concurrencia reguladora<sup>7</sup>. Las reglas estatales no deberían pues derivar en jerarquías normativas entre convenio, ni en la atribución orgánica de competencias, ni en la nulidad e invalidez de convenios concurrentes.

### 3.2. Intervenciones normativas en la ordenación de la estructura y en la articulación de la negociación

Estamos, pues, ante un modelo juridificado y complejo en su configuración. La LET interviene superponiendo políticas del derecho en las sucesivas intervenciones jurídicas en la temática, con una deficiente técnica jurídica y a través de una diversidad de normas de coordinación a lo largo de la LET que hacen de la regulación un entramado normativo problemático en su interpretación y aplicación.

En su versión de 1.980, la LET adopta una línea neutral en la ordenación del tejido convencional con un objetivo fundamental de asegurar la estabilidad del sistema de negociación colectiva<sup>8</sup>. Se afirma la igualdad entre convenios y un principio de estabilidad (por medio de la regla *prior in tempore*); al mismo tiempo se faculta a la negociación para ordenar y articular las unidades de negociación, configurándose por tanto el art. 84 como supletorio respecto del art. 83.2 LET. El fallido juego de esta norma hace que los mecanismos de estabilización acaben por inclinar el sistema legal hacia un modelo continuista con relación al modelo corporativo. En los años 90 el legislador desarrolla una política del derecho caracterizada por el objetivo de una mayor descentralización, articulación y especialización funcional de los diversos niveles de negocia-

<sup>7</sup> Véase, también críticamente los estudios de Lahera Forteza, “Marco constitucional de la negociación”, y Rodríguez Fernández, “Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva”, ambos en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, La Ley, 2007.

<sup>8</sup> Sobre los principios informadores de la estructura negocial en la LET de 1.980, cfr. Valdés Dal-Ré, “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, en *Relaciones Laborales*, I, 1.995, págs. 11 y sigs.

ción<sup>9</sup>. Lo hace, en primer lugar, incidiendo directamente en las reglas del art. 84 LET; en segundo lugar, incidiendo por la vía de la ordenación de las competencias reguladoras de los diferentes instrumentos convencionales en diversas materias; en tercer lugar, potenciando el papel regulador de los acuerdos de empresa con efectos derogatorios sobre los convenios colectivos. Las críticas a las reformas de 1994 han sido generalizadas en la doctrina, existiendo una cierta coincidencia en el diagnóstico crítico ante la nueva política del derecho estatal en materia de estructura negocial. Sintéticamente, doctrina y jurisprudencia coinciden en la observación del paso de una legislación promocional a otra dirigista<sup>10</sup>.

Tres grandes características sobresalen del cambio en la política del derecho estatal en relación con la estructuración de la negociación colectiva a partir de la Ley 11/1994. En primer lugar, los párs. 2º y 3º del art. 84 LET constituyen una cierta ruptura con la regla de la que partía la Ley en su versión de 1.980 de la igualdad de rango de los convenios, en tanto no existía una ordenación competencial entre convenios en el art. 84, párr. 1º. Además, la regla de la no afectación del primer convenio vigente, prevista en el párrafo 1º, restringe su juego a la relación entre convenios supraempresariales y empresariales.

En segundo lugar, aunque el objeto de la introducción del párr. 2º del art. 84 LET se plantea con un alcance limitado (es sobradamente conocido que la intención en origen era la potenciación de marcos autonómicos de negociación colectiva), el texto aprobado impulsa la descentralización de la estructura negocial en términos más amplios y probablemente no previstos por el legislador (en el sentido de una descentralización territorial más allá del ámbito autonómico y una descentralización funcional dentro del mismo sector). La orientación legislativa en sí no parece rechazable por los potenciales efectos benéficos de la distribución de competencias entre distintos niveles de negociación en un sistema instalado en la autarquía negocial, sin embargo es cuestionable porque

<sup>9</sup> Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores”, en “Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial”, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2001, pág. 86.

<sup>10</sup> Cfr. por todos, Valdes Dal-Ré, “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, cit., págs. 9 y sigs.; y “Dirigismo y autonomía colectiva en los procesos de reforma de la estructura contractual”, en AA.VV., Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica, Lex Nova, Valladolid, 1.999; Rivero Lamas, “Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.997”, cit.; Casas Baamonde, “Ley, autonomía colectiva y eficacia de los convenios colectivos”, RMTAS, nº 3; Cruz Villalón, “La estructura de la negociación colectiva y el Acuerdo Interconfederal de negociación colectiva de 1997”, en TS, nº 89, 1998; Rodríguez-Piñero Royo, “La articulación de la negociación colectiva”, en La eficacia de los convenios colectivos, cit. págs. 540 y sigs.

el objetivo formal del policentrismo negocial de carácter territorial y funcional conlleva el peligro potencial de favorecer una evolución errática de la negociación<sup>11</sup>. Hay que añadir que esta descentralización puede tener resultados paradójicos al contradecir en sus efectos los objetivos de dinamización y flexibilización de la negociación pretendidos con la reforma de 1994. En efecto, el estudio jurisprudencial permite comprobar que el párrafo 2º del art. 84 LET está sirviendo en muchos casos de trinchera a los convenios provinciales para salvaguardar sus tratamientos normativos tradicionales frente a la renovación negocial desde niveles estatales. Nada más lejos de lo pretendido por el legislador.

En tercer lugar, y este es el dato que me parece más pernicioso desde la perspectiva del gobierno del sistema negocial y más discutible desde el punto de vista de la garantía institucional de la negociación, se debilita la capacidad de la propia autonomía colectiva para la ordenación y racionalización de la estructura de la negociación. Los acuerdos del apartado 2º del art. 83 LET quedan “desarmados” en su función ordenadora<sup>12</sup>, porque tales reglas han pasado a ser supletorias de las establecidas por el legislador en los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET. En mi opinión ha sido una opción legislativa errónea básicamente porque impide a la autonomía colectiva establecer criterios normativos de articulación negocial, evitando una utilización de los descuelgues sectoriales inferiores ex art. 84.2 LET con motivaciones distintas de las pretendidas por el legislador (la renovación negocial).

Siendo destacables los aspectos negativos de la reforma, hay que destacar también algunos efectos positivos. En primer lugar, la ruptura en parte del principio de no afectación puede contribuir a afrontar la falta de articulación de la negociación y el “autismo” de los convenios, conscientes ahora los sujetos negociadores de la permeabilidad de las unidades de negociación. En segundo lugar, la regulación vigente, como ha observado cierta doctrina, permite la expresión de determinadas opciones sindicales de negociación que pueden no sentirse reflejadas en un sistema centralizado en torno a una negociación

<sup>11</sup> El peligro del “cantonalismo” o la “balcanización” de los mercados laborales, tal como advirtiera Rivero Lamas, “*Estructura y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1.997*”, cit. pág. 389; en el mismo sentido, Valdés Dal-Ré, “*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*”, cit., pág. 30.

<sup>12</sup> En este sentido, Valdés Dal-Ré, “*Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva*”, cit., págs. 31–32. Como ha observado el TS, el segundo párrafo del art. 84 LET, con un “marcado signo autonomista”, ha venido a implantar “fórmulas de dirigismo contractual” que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles descentralizados de negociación, reduciendo sensiblemente, “por razones de carácter político”, la extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 LET. Véase, SSTS 22–9–1998 (RJ 1998, 7576); 26–1–2004 (RJ 2004, 1373); 1–6–2005 (RJ 2005, 7320).



“general” estatal<sup>13</sup>. Esta posibilidad se compensa porque los descuelgues sectoriales inferiores no son factibles si no es mediante el acuerdo de los sujetos hegemónicos en los ámbitos sectoriales inferiores. En tercer lugar, los niveles sectoriales superiores siguen disponiendo de la capacidad de fijar un núcleo duro uniforme en la negociación de sector amparándose en el párrafo 3º del art. 84 LET; el valor adicional de este párrafo 3º es que sirve de contención a las tendencias hegemónicas del convenio sectorial estatal, pues es perceptible en la experiencia contractual que, de la misma manera que se avanza en la articulación sectorial, los convenios generales tratan de expandir sus competencias reguladoras exclusivas.

En definitiva, creo que las reformas de los 90 han servido para introducir una cierta cultura de la articulación y la complementariedad de las diferentes unidades de negociación, obligando a los diferentes agentes contractuales a abandonar la filosofía del autismo negociador y a las organizaciones sindicales y patronales representativas a asumir la iniciativa en el gobierno del sistema de negociación en España<sup>14</sup>. Se da la paradoja de que la reforma descentralizadora de 1994 ha servido de estímulo a una ordenación autónoma de las reglas sobre la estructura negocial, asumiendo su “debilidad organizativa”, y dando paso a una tendencia centralizadora más eficiente, desde el terreno de lógica contractual<sup>15</sup>.

#### **4. LAS REGLAS DE COORDINACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN EN LA LET**

El núcleo de las reglas de estructuración y articulación de la negociación se encuentra en dos preceptos principales, los arts. 83 y 84 LET. La exégesis de tales preceptos exige cierto detenimiento que desborda los límites de este estudio. Por ello, voy a limitarme a plantear algunos aspectos de interés.

##### **4.1. Los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos ex art. 83.2 LET como instrumentos de ordenación del sistema de negociación**

Un primer aspecto problemático está referido a los instrumentos normativos a través de los que se atribuye a la autonomía colectiva el protagonismo

<sup>13</sup> Baylos Grau, “*Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)*”, en REDT, nº 1000, 2000, pág. 1474.

<sup>14</sup> En el mismo sentido, Rodríguez Fernández, “*Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva*”, cit. págs. 165–166.

<sup>15</sup> Baylos Grau, *ibidem*.

en la racionalización de la estructura de la negociación colectiva. El régimen jurídico de dichos instrumentos se contiene en el art. 83.2 LET.

Dicho precepto identifica como instrumentos de regulación los que denomina “acuerdo interprofesionales” o “convenios colectivos”. Tradicionalmente se ha pensado en el acuerdo interprofesional o acuerdo-marco como instrumento típico de ordenación de la negociación. Se trata de un pacto que circunscribe sus contenidos a los referidos en el art. 83.2 LET. Sus contenidos, por otra parte, se dirigen a los sujetos negociadores en los niveles negociales inferiores, de manera que sus mandatos no pretenden ser aplicables de manera directa e inmediata, aunque condicionan normativamente las reglas en los niveles inferiores.

El legislador de los 80 parecía estar pensando en este instrumento como base principal de la regulación de la estructura negocial, sin embargo el papel de estos Acuerdos Interprofesionales se ha demostrado marginal al respecto. Ello es así, en primer lugar, porque se concibe este instrumento en pensando en una ordenación negocial desde una lógica interconfederal, cuyos objetivos y estrategias son en realidad instrumentales a las prácticas de concertación de la década de los ochenta. En segundo lugar, porque el ámbito interconfederal ha demostrado ser un ámbito inadecuado para el objetivo de estructuración de la negociación. Los planteamientos de estructuración han sido más retórica interconfederal que maduración desde la dinámica negocial<sup>16</sup>. Son los convenios sectoriales generales los que están procediendo a integrar en su contenido reglas sobre la estructura y articulación de convenios.

Esta práctica negocial es captada pronto por la misma jurisprudencia, y explica que, en sus referencias expresas a estos acuerdos o convenios del art. 83.2 LET, el TS se haya movido con cierta ambigüedad. La doctrina judicial tiende a reiterar, refiriéndose específicamente a los acuerdos-marco, que están desprovisto de cláusulas normativas directamente referidas a las relaciones laborales en el ámbito de aplicación. Sin embargo, el mismo TS observa la posibilidad de una modalidad mixta o híbrida, en la que en el mismo cuerpo de un convenio o acuerdo colectivo se integran cláusulas que responden a las características de las normas-marco, y otras que tengan, en cambio, virtualidad de aplicación directa e inmediata. Es frecuente por lo demás en los convenios sectoriales generales iniciar el capítulo referente a la estructura de la negociación con la referencia a que sus contenidos se aprueban al amparo del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Puede tratarse por tanto, en primer término, de acuerdos de una unidad geográfica “muy amplia”, que por las funciones del art. 83.2 LET parece lógico situar en el ámbito estatal (como hace el TS), pero que puede referirse también

<sup>16</sup> Baylos Grau, “*Unidades de negociación y concurrencia...*”, cit. págs. 1465–1466.

al ámbito autonómico en atención al régimen de legitimación negocial que establece el precepto; en segundo término, puede tratarse de acuerdos de ámbito interprofesional o sectorial<sup>17</sup>. Los contenidos de tales acuerdos pueden estar referido tanto a reglas sobre la estructura de la negociación, como sobre el contenidos de los convenios, pudiendo además dirigirse a regular contenidos vinculantes para los niveles inferiores de negociación como a regular aspectos referidos a las relaciones de trabajo. En todo caso, lo que otorga naturaleza de acuerdo o convenio ex art. 83.2 LET es la inclusión en su articulado de normas sobre los aspectos referidos en este precepto estatutario.

Los problemas se plantean al aplicar a los convenios sectoriales las reglas de legitimación negocial previstas en el art. 83.2 LET. Es posible que los sujetos legitimados para la negociación y efectivamente firmantes de los convenios no se circunscriban a los previstos en el precepto o no cuente con la participación de algún sindicato dotado de mayor representatividad estatal. La solución aquí pasa por adecuar los requisitos de legitimación negocial al nivel sectorial de negociación conforme a los arts. 87 y 88 LET, sin ignorar la voluntad del legislador estatutario de que el acuerdo sectorial cuente con el respaldo de una mayoría representativa, dentro de la comisión negociadora, correspondiente a sujetos negociales a los que el art. 83.2 LET atribuye dicha competencia.

La ambigüedad del TS en sus referencias expresas a estos acuerdos o convenios del art. 83.2 LET, a la que me he referido anteriormente, sigue sin cerrar las dudas sobre el formato de los pactos colectivos ex art. 83.2 LET, como se constata en Sentencias recientes del mismo TS. Es el caso de la STS 10 de julio de 2007 (RJ 2007, 7112). La cuestión que se suscita es si el I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios<sup>18</sup> debe ser catalogado como un verdadero convenio colectivo estatutario de carácter ordinario (con aplicación directa del mismo a las empresas en cuestión) o, por el contrario, debe estimarse que estamos en presencia de un puro y neto acuerdo marco ex art. 83.2 LET (siendo por ello de inaplicación directa a aquellas). La SAN recurrida estimó que estamos ante un acuerdo marco-mixto o impropio, por entender que

<sup>17</sup> Este planteamiento flexible sobre el ámbito geográfico y funcional y sobre los contenidos es también asumido en la doctrina científica. Cfr. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 371 y 372; Martín Valverde, "Concurrencia de convenios colectivos de trabajo", cit. pág. 105; Villavicencio Rios, *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Ed. Comares, 1998, págs. 300 y sigs..

<sup>18</sup> Suscrito en 21 de marzo de 2005 por CCOO y UGT por parte sindical y la asociación AGESFER por las empresas del sector, calificándolo por el contrario como un convenio colectivo típico.

tenía un doble contenido de acuerdo marco y de convenio colectivo, y en este sentido estimó que era directamente aplicable a las empresas en cuestión. La Sentencia del TS comentada ratifica la de la AN, pero rechazando la adscripción del acuerdo sectorial referido al tipo de acuerdo marco del art. 83.2 LET calificándolo por el contrario como un convenio colectivo típico. Pero no lo hace porque no sean posibles estos acuerdos “mixtos”, sino porque aquel acuerdo no contiene norma alguna referida a los aspectos que caracterizan el acuerdo marco conforme al precepto citado<sup>19</sup>.

Más controvertida (o confusa) me parece la doctrina de la STS 5-3-2008 (RJ 2008, 5067), en su razonamiento sobre una hipotética concurrencia (que no obstante descarta la Sentencia) entre un convenio sectorial estatal (que incluye reglas sobre la estructura y una regulación de contenidos concretos) y un convenio de empresa. Parte la Sentencia de la observación del significado ya conocido del convenio marco como “convenio para convenir”. Su finalidad –nos dice– es establecer normas a seguir por futuros convenios, no fijar una regulación cerrada de las condiciones de trabajo que no necesite de ningún otro acuerdo que los concrete. Si este es el sentido del acuerdo marco, se entiende que posteriormente se observe en la Sentencia que “en cuanto a tal Convenio Marco es cierto que puede reservar determinadas materias y excluirlas de la negociación de Convenios de ámbito inferior (...) pero no puede regular directamente dichas materias”. Por otra parte, de existir un acuerdo marco que establece las reglas de la estructura de la negociación, deben ser estas reglas las que resuelvan los problemas de concurrencia conflictiva entre convenios en el sector. En este sentido puede interpretarse la consideración de la Sentencia de que “en el supuesto de que se entendiera que existe concurrencia de Convenios (...) no serían de aplicación ni las normas del Convenio de empresa ni las del Convenio de Sector, por no ser de aplicación directa e inmediata, sino las que se convinieran respetando las reglas del Convenio Marco”. Sin embargo, la Sentencia comentada extrapola esta doctrina, como digo confusamente, al supuesto del convenio de sector con reglas sobre la estructura negociada para llegar a la conclusión de que “no puede dicho Convenio con la eficacia reconocida por el artículo 84.1 ET a los Convenios marcos, regular jornada y salario con normas directamente aplicables”.

<sup>19</sup> Así, recoge la STS que “a pesar de la denominación de “Acuerdo Marco” que le dieron las partes, la realidad es que en su articulado no incluye norma alguna propia de lo que se conoce como Acuerdos Marco, Convenios Marco en la doctrina científica y en el art. 83.2 ET por cuanto a la vista de su articulado se aprecia cómo en realidad estamos ante un convenio colectivo típico por cuanto regula condiciones de trabajo concretas y directamente aplicables por las empresas y trabajadores a los que va dirigido en lugar de lo que es más propio de aquéllos considerados Convenios o Acuerdos Marco cuya finalidad es la de establecer normas a seguir por futuros convenios”.

Desde luego, la jurisprudencia hasta ahora viene asumiendo sin objeciones que los convenios de sector pueden contener reglas sobre la estructura y articulación de la negociación ex art. 83.2 LET que prevalezcan sobre la regla de no afectación del art. 84.1 LET<sup>20</sup>. Lo que hace en suma esta jurisprudencia es adecuar el alcance de los acuerdos colectivos sobre estructura de la negociación al ámbito natural en que deben plantearse, el ámbito sectorial, a la vista de la ineficacia de los planteamientos interconfederales.

#### **4.2. Las reglas de coordinación de unidades de negociación del art. 84 LET**

El art. 84 LET forma parte del núcleo duro de las normas estatutarias dedicadas a la coordinación de convenios. Es un precepto fundamental del armazón de las normas de coordinación de convenios, complejo, al configurarse como un híbrido de normas de concurrencia y de competencia, y lleno de delicados problemas interpretativos fruto de una defectuosa técnica jurídica.

El actual art. 84, pár. 1º LET, que conserva su versión original de 1980, resuelve la concurrencia de convenios mediante la aplicación de un criterio cronológico (el principio *prior in tempore*). En particular, se plantean aquí problemas en la interpretación del requisito de la simultaneidad o concurrencia en el tiempo de dos convenios que regulan una misma materia en los supuestos de yuxtaposición o coincidencia parcial (dos convenios con intersección parcial de sus ámbitos funcionales). Hay que tener en cuenta que esta problemática de yuxtaposición de ámbitos funcionales se ve exacerbada con el proceso de derogación de las Ordenanzas, que ha supuesto la fragmentación de sectores y la tendencia a la reordenación de unidades de negociación de nivel sectorial inferior, con distorsiones en la configuración de los ámbitos funciones sobre todo a nivel provincial.

En la jurisprudencia parece percibirse una evolución, desde la inicial admisión de concurrencia en situaciones de coincidencia parcial, hasta restringir los

<sup>20</sup> A modo de ejemplo y respecto de la legitimidad del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes para establecer con alcance normativo tanto reglas sobre la estructura como sobre contenidos, véase STS 10-4-2002 (RJ 2002, 5321). La STSJ Comunidad Valenciana 28-3-2006 (Jur 2006, 254797) para determinar el salario de la demandante decide en base al IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal (2003-2005) y no el convenio de empresa (2000-2002 y prorrogado tácitamente en años posteriores) porque el convenio estatal establece la estructura de la negociación colectiva en el sector, quedando integrada por unidades de negociación de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma y sin que se contemple la empresa como ámbito de negociación, por lo que, concluyen, debe acudir al Convenio Colectivo Estatal. A veces los Tribunales se refieren impropiaemente a estos convenios sectoriales como normas de naturaleza mixta de acuerdo marco y de acuerdo sobre materias concretas (STSJ Andalucía 10-4-2003 –AS 2003, 2371–).

supuestos de concurrencia a la plena sobreposición de ámbitos funcionales. Favorece así el TS la generación o el cambio de unidades de negociación. En este sentido, la doctrina última del TS es que el convenio posterior no invade el ámbito del convenio anterior cuando se trata de coincidencia parcial en el ámbito funcional, en supuestos donde la actividad principal delimitadora del ámbito funcional del convenio posterior se incluyó en el ámbito del convenio anterior como actividad complementaria o el convenio colectivo nuevo ocupa un ámbito propio no cubierto hasta entonces por ningún convenio colectivo, siendo la aplicación del anterior meramente subsidiaria. Un ejemplo lo encontramos en la STS 17 de junio de 2002 (RJ 2002, 10542) donde se plantea la concurrencia del Convenio de Estaciones de Servicio con el Convenio Colectivo de las Cadenas de tiendas de conveniencia. Se impone en estos supuestos un estudio casuístico para determinar en cada caso si el nuevo convenio ocupa un ámbito propio o regula una actividad que estaba contemplada en el ámbito funcional del primero y durante su vigencia, como actividad complementaria. El estudio casuístico suscita dudas en el mismo TS como se manifiesta en los votos particulares que acompañan a diversas Sentencias recientes (entre ellas la que acabo de citar).

Los efectos de una concurrencia conflictiva entre convenios estatutarios en los términos fijados en el art. 84.1 LET se concretan en la inaplicación del convenio posterior. En este sentido, y fruto de la interpretación jurisprudencial referida a la primera versión del art. 84 en la LET de 1980, se rompe la equivalencia entre el principio de no afectación y de prohibición de negociación, esto es, la aplicación del art. 84.1 LET derivaría en la inaplicación de la norma concurrente, pero no en su invalidez o nulidad. La jurisprudencia es clara al respecto. Frente a la doctrina mantenida anteriormente en algunos pronunciamientos<sup>21</sup>, conforme a la cual cabía distinguir los efectos de la nulidad (respecto de convenios inferiores afectantes) o de la inaplicación (para los convenios superiores afectantes), es pacífico hoy en la jurisprudencia que “el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal”. Ello obedece –observa el TS en su doctrina– a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, esta también indicando de modo implícito que la

<sup>21</sup> STS 7-4-1994 (RJ 1994, 3233). Remito al estudio de Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 214 y sigs.

situación en que queda el invasor es la de “ineficacia aplicativa”. De manera que los convenios concurrentes permanecen vigentes y válidos pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia pasando a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda vigencia. El principio de no afectación no tiene excepciones en atención a que el invasor sea más amplio o más restringido en su ámbito que el invadido, como se constata en la jurisprudencia más reciente<sup>22</sup>.

El TS entiende que la sanción máxima de nulidad (estatutaria, se entiende), ya sea total o parcial, debe quedar reservada “a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (arts. 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto”; pero no para los convenios colectivos “que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquellos”. En estos casos “será suficiente, para alcanzar el objetivo previsto por el art. 84, con declarar su inaplicación temporal, total o parcial, mientras mantenga su vigencia el convenio invadido”<sup>23</sup>.

Los párrafos 2º y 3º del art. 84 introducen reglas de coordinación referidas a los convenios sectoriales únicamente. Por tanto cuando hablamos de concurrencia entre convenios sectoriales y de empresa las reglas de concurrencia

<sup>22</sup> Sintetizando su doctrina al respecto, STS 18-2-1999 –RJ 1999, 2600– que aplica el principio de no afectación a un convenio de empresa posterior al convenio estatal de empresas de seguridad; STS 16-7-2001 (RJ 2002, 576) que inaplica el convenio sectorial provincial posterior del comercio mayorista de frutas y hortalizas de Madrid por afectación del convenio de subsector provincial anterior de almacenistas de plátanos de Madrid durante su vigencia; STS 31-10-2003 –RJ 2003, 589–, que declara la inaplicación de un convenio empresarial posterior a un convenio sectorial provincial; STS 8-7-2005 –RJ 2005, 6014–, que inaplica un convenio sectorial provincial frente a un convenio estatal anterior; STS 21-12-2005 –RJ 2006, 1426–: sobre inaplicación de un convenio de empresa estando vigentes distintos convenios colectivos provinciales en el momento de su nacimiento, y aplicados hasta entonces en los distintos centros de trabajo de la empresa; STS 24-4-2006 –RJ 2006, 4708–, que declara inaplicables las normas de un convenio de empresa posterior al sectorial estatal; STS 10-7-2007 (RJ 2007, 7112), que rechaza la aplicación del I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios a la empresa en cuestión por disponer ésta de un convenio vigente; STS 13-11-2007 –RJ 2008, 998–, respecto de un convenio sectorial autonómico respecto de un convenio subsectorial autonómico anterior.

<sup>23</sup> Véase, SSTS 24-4-2006 –RJ 2006, 4708–; 13-11-2007 –RJ 2008, 998–, En ellas, se puntualiza además, en un plano procesal, que el hecho de que las asociaciones demandantes soliciten la nulidad del convenio posterior afectante y no su inaplicación, no debe conducir a un pronunciamiento desestimatorio ya que no incurre en incongruencia el pronunciamiento que, aplicando el principio procesal de que quien pide lo mas pide lo menos, declara la inaplicación del convenio posterior si se acredita que invade el ámbito del convenio anterior vigente.

serán, en primer lugar, las que se hayan establecido en los Acuerdos interprofesionales o convenios ex art. 83.2 LET. En segundo lugar, de no existir previsión al respecto por la vía anterior, los problemas de concurrencia se someten al principio de no afectación del art. 84.1 LET. Pero este planteamiento no rige en las relaciones de concurrencia entre convenios sectoriales a la luz de los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET.

Es novedosa la orientación legislativa del año 94 (hacia la descentralización) y es novedosa la técnica jurídica. El párrafo 1º del art. 84 LET establece, como hemos visto, una regla de concurrencia (que afecta a la aplicación de la norma). El párrafo 2º también fija una regla de concurrencia, en este caso como excepción a la anterior; es una regla concurrencial y no de competencia normativa porque en ningún momento el precepto excluye la capacidad reguladora de las partes negociadoras de ámbito superior para el ámbito sectorial inferior. El párrafo 3º del art. 84 LET parece fijar un criterio de distinta naturaleza, esto es, se adscribe a la tipología de las reglas de exclusión de competencia (que afecta a la competencia normativa)<sup>24</sup>. Sin embargo comparto la opinión de Martín Valverde<sup>25</sup>, pero sólo respecto del párrafo 3º, de que estamos ante una especie de híbrido, que combina un ingrediente de norma de concurrencia y un ingrediente normativo de delimitación competencial. El carácter híbrido del párrafo 3º del precepto comentado se deduce de que la reserva competencial establecida formalmente para los convenios sectoriales superiores no es absoluta, es decir, los sujetos negociadores del ámbito sectorial inferior sólo pierden la capacidad de regular las materias del párrafo 3º cuando éstas sean reguladas por los convenios superiores.

Vayamos al estudio de estos dos últimos párrafos del art. 84 LET. El supuesto del párrafo 2º establece que el convenio supraempresarial inferior posterior prevalece en su ámbito de aplicación sobre la regulación de un convenio supraempresarial superior anterior (ambos vigentes). Me interesa dejar aquí anotado únicamente dos aspectos. El primero se refiere a que la superioridad del ámbito del convenio afectado, excluida su interpretación como superioridad jerárquica, puede interpretarse como mayor amplitud territorial o funcional, o ambas simultáneamente. La jurisprudencia admite en particular la aplicación de este párrafo 2º del art. 84 LET a la relación entre convenios sectoriales y subsectoriales del mismo nivel geográfico<sup>26</sup>. El segundo aspecto inte-

<sup>24</sup> Martín Valverde, op. cit. 57-58, incluye en la tipología de reglas sobre competencia normativa las reglas de los párrafos 2º y 3º del art. 84.

<sup>25</sup> Nuevamente, Martín Valverde, op. cit. pág. 94.

<sup>26</sup> En un supuesto de convenio de sector y subsector, véase STS 24-4-2006 (RJ 2006, 5867). Con anterioridad la STS 2-12-2006 (RJ 2006, 8991) se plantea la cuestión como mera hipótesis a partir del planteamiento de la parte demandante, pero sin posicionarse sobre el tema. Se dice en



resante es que el TS ha desarrollado una interpretación del párrafo 2º del 84 LET que ha supuesto su despliegue contenido, a partir de una interpretación estricta de algunos de los requisitos implícitos en él, como los requisitos de representatividad exigidos<sup>27</sup>, o negando la existencia de un deber de negociar un convenio sectorial inferior si está vigente un convenio sectorial superior<sup>28</sup>.

El párrafo 3º del art. 84 LET, como he indicado, actúa formalmente como una regla de reserva competencial para los convenios sectoriales superiores frente al derecho de afectación reconocido a los convenios inferiores. Una primera cuestión que plantea esta norma es la ambigüedad en la delimitación de las materias que quedan reservadas al convenio sectorial superior, que ya ha dado lugar a dudas judiciales en la interpretación tanto de las materias que establecen preferencias absolutas, como parciales<sup>29</sup>. La cuestión más polémica está referida al significado jurídico de la expresión “materias no negociables” en los ámbitos sectoriales inferiores. Hemos mantenido que en realidad estaríamos ante una norma híbrida, dado que realmente no está privando de capacidad reguladora de las materias del párrafo 3º a los niveles sectoriales inferiores,

---

la STS. “la impugnación resulta incompleta, porque, aunque se aceptara la tesis de parte recurrente sobre el artículo 84.2.º del Estatuto de los Trabajadores –la mención al convenio superior en el artículo 84.2.º del Estatuto de los Trabajadores sólo puede referirse, si se considera lo dispuesto en el párrafo 3.º de este artículo, al convenio territorialmente más amplio, no al funcionalmente más extenso–, subsistiría la apreciación de la sentencia recurrida que, aunque de forma hipotética, niega la concurrencia por entender que la actividad de las residencias de ancianos es una actividad de asistencia especializada no encuadrable en la actividad hotelera y, por tanto, no comprendida en el ámbito funcional del primer convenio”.

<sup>27</sup> En el caso de la STS 24-4-2006 –RJ 2006, 5867– se rechaza la posibilidad de negociación de un convenio subsectorial (frente al sectorial) porque el sindicato que se sienta en la mesa de negociación junto a la patronal no reúne a la mayoría absoluta de los representantes en el subsector.

<sup>28</sup> STS 10-4-2002 (RJ 2002, 5321).

<sup>29</sup> La preferencia del convenio sectorial superior se gradúa en la norma, distinguiéndose básicamente las preferencias absolutas (el período de prueba, los grupos profesionales, el régimen disciplinario) y preferencias parciales delimitadas con evidente ambigüedad (las modalidades de contratación, “excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa”; las “normas mínimas” en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica). Sobre las dudas jurisprudenciales, a modo de ejemplo, en relación con los grupos profesionales, la STS 18-12-2002 (RJ 2003, 2344) impone una interpretación estricta al indicar que “la prohibición del art. 84.3 deberá ser respetada, pero en sus estrictos términos; y estos vedan la negociación inferior respecto de los «grupos profesionales», pero sobre las categorías concretas que los integran. Y no debe olvidarse que en el propio Estatuto queda claro que grupo y categoría son dos escalones distintos de la clasificación profesional (arts. 22 y 39 ET)”. Una visión más favorable a la prohibición parece contenerse en el caso de la STS 5-4-2001 (RJ 2001, 4886), en la que se declara la nulidad de las normas del convenio de hostelería de las Islas Baleares por establecer una regulación específica de los grupos profesionales y de la movilidad funcional alterando las reglas establecidas al respecto en el ALEH, lo que se entiende contrario al art. 84.3 LET.

salvo en el caso en que estas materias sean reguladas por los convenios superiores. Sin embargo, otra parece la interpretación que propone el TS. Aunque el Alto Tribunal está refiriendo su doctrina a los supuestos en que existe una regulación en el nivel superior (que por ello cierra las puertas a la regulación en un nivel inferior), lo cierto es que en su razonamiento parece ir más allá de este supuesto, indicando que estamos ante una reserva de competencia en sentido estricto, lo que conlleva entre sus efectos que la norma actúe como una prohibición absoluta de regulación.

Arranca esta doctrina con la STS 28-1-2004 (RJ 2004, 2180) y amplia su alcance en la posterior STS 19-7-2007 (RJ 2008, 293), aunque también aquí estamos ante el supuesto de contradicción de un convenio superior en vigor. Indica esta Sentencia, refiriéndose al art. 84.3 LET, que “al tratarse de una materia no negociable, supone que no cabe negociación sobre ella, lo que significa que dicha materia no puede ser regulada por un convenio de ámbito inferior, pues la prohibición contenida en el párrafo tercero del artículo 84 del Estatuto, no se refiere a que los convenios de ámbito inferior no puedan regular de forma distinta al de ámbito superior la materia referente al régimen disciplinario, sino que la regulación establece que dicha materia está vedada a la negociación colectiva de ámbito inferior”. La STS declara la nulidad de la regulación del régimen disciplinario contenido en el Convenio Colectivo de trabajo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña, por estar vigente, en el momento de su entrada en vigor, la regulación sobre la misma materia del II Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería. La cuestión radica en que los periodos de vigencia de ambos convenios no son coincidentes, manteniéndose en vigor el convenio autonómico más allá del periodo de vigencia del convenio estatal.

En paralelo a semejante doctrina, la jurisprudencia ha interpretado que las cláusulas del convenio superior que declaran como no negociables materias no enumeradas en el art. 84.3 LET constituiría “una extralimitación no legítima, que operaría como causa independiente de nulidad de tal previsión”<sup>30</sup>. En mi

<sup>30</sup> STS 2-2-2004 (RJ 2004, 1069), que no obstante no aplica esta doctrina por la razón de que el convenio estatal que establece como no negociable en niveles inferiores la materia salarial estaba en fase de ultraactividad y por tanto no llegó a entrar en concurrencia temporal con el convenio autonómico que dispuso la regulación sobre este particular. En el mismo sentido, STS 18-12-2002 (RJ 2003, 2344) que, cuando el convenio sectorial superior incluía, en la enumeración que hace de las materias que reserva a la negociación de ámbito estatal, algunas que no aparecen en el párrafo tercero del art. 84 ET, “ello supone una manifiesta vulneración del párrafo segundo del art. 84 al imponer limitaciones a la capacidad de negociación de las unidades inferiores que les ha querido otorgar el legislador; y en consecuencia deben tenerse por no puestas en la medida que afectan a materias distintas de las comprendidas en el art. 84.3” la STS 26-1-2004 (RJ 2004, 1373) desestima el recurso contra la SAN 20-11-2002 que declaró nula parcialmente

opinión esta doctrina es ajustada, porque estas cláusulas van claramente contra la propia ordenación jurídica del art. 84 LET y el reconocimiento de la autonomía contractual que el mismo precepto reconoce a determinadas unidades negociadoras, que debe estimarse de orden público (al igual que por ejemplo la ordenación de las unidades de negociación y las reglas de representatividad).

Este conjunto de líneas jurisprudenciales sobre el alcance interpretativo de los párrafos 2º y 3º LET se asienta en suma en la tesis de que este marco jurídico descrito es de orden público, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan, como ya observó el TS en su sentencia de 22 de septiembre de 1.998.

Son importantes las consecuencias de esta doctrina, aunque en parte eran previsibles. Lo más significativo y previsible es que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos amparados en el art. 83.2 LET carecen de valor normativo frente a los párrafos 2º y 3º del art. 84 LET<sup>31</sup>. Más discutible

la letra a) y nula en su integridad la letra b) del art. 4.1 del II convenio estatal de la madera que reservaban al nivel estatal las competencias reguladoras en materia de movilidad funcional (letra a)), condiciones generales de ingreso, normas generales de ordenación del trabajo y productividad, jornada anual, licencias, permisos y excedencias, conceptos, estructura de las percepciones económicas y la fijación del incremento salarial correspondiente a cada año, órganos de representación de los trabajadores en la empresa y derechos sindicales, preavisos y ceses, y salud laboral (letra b)). En el caso de la STSJ País Vasco 19-2-2008 (AS 2008, 1336) se estima que la reserva del CGC 2002-2006 de la materia de subrogación y extinción de contrato para el convenio estatal, constituye una extralimitación, por lo que no impide la regulación de estos aspectos del convenio provincial de la construcción de Vizcaya. Por su parte, la STSJ Islas Canarias 28-3-2008 (AS 2008, 1646) entiende que la reserva del CGC 2002-2006 sobre contratación, suspensión y extinción de contratos no despliega efectos y no impide la validez y eficacia de la cláusula del convenio provincial de Las Palmas de Gran Canaria sobre indemnización por fin de obra en caso de cese voluntario del trabajador.

<sup>31</sup> Esta doctrina además ha tenido aplicación en importantes sectores de actividad. Así la STS 22-9-1998 que la aplica al Convenio Colectivo Estatal de la Madera ante la demanda de la «Asociación Provincial de Empresas e Industrias de la Primera Transformación de la Madera» (Rematantes y Aserradores) de la Provincia de A Coruña y otras entidades. En el caso de la STS 17-10-2001 –RJ 2001, 3075– se aplica al primer Convenio General del Sector de la Construcción de ámbito estatal (firmado en representación de la parte empresarial por la Confederación Nacional de la Construcción (CNC) y en representación de la parte social por la Federación Estatal de la Construcción, Madera y Afines de CC OO (FECOMA) frente al Convenio Colectivo Provincial de A Coruña de Pintura (que fue suscrito, de una parte por APECO y de otra, por las centrales sindicales UGT y CIGA) que establecía una jornada anual superior a la del CNC. Esta STS reitera la doctrina de la STS 22-9-98 y además declara la nula virtualidad jurídica de cláusulas como la contenida en el art. 7 CGC. Dice dicho precepto convencional que «Las partes signatarias de este Convenio General se comprometen, durante su vigencia, a no promover, negociar, ni concluir convenios provinciales o de Comunidad Autónoma que contengan o regulen materias reservadas por aquél al ámbito general estatal, o que, de alguna manera, se opongan al mismo, o contradigan sus prescripciones, renunciando expresamente al ejercicio del derecho que, a tal efecto, les otorga el párrafo segundo del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores».

me parece el alcance que el TS da a su doctrina sobre la capacidad negociadora de unidades contractuales conforme al dictado del párrafo 3º del art. 84 LET y su tesis de la ineficacia y no la mera inaplicabilidad de las cláusulas de los acuerdos o convenios que lo contraríen. Discrepo de esta tesis, porque como he indicado el párrafo 3º del art. 84 LET se caracteriza funcionalmente como regla de concurrencia, es decir, no está estableciendo una prohibición absoluta de regular determinadas materias esenciales como contenido negocial a los ámbitos sectoriales inferiores, salvo que éstas sean reguladas por los convenios superiores del párrafo 3º del art. 84 LET y mientras esa regulación esté en vigor.

La interpretación del TS se construye exclusivamente desde la óptica del convenio como norma jurídica, prescindiendo de la lógica contractual que rige la relación entre unidades negociales no jerarquizadas y del sentido de las normas de coordinación en este contexto. Por otra parte, el TS hace de la regla legal una norma de ordenación orgánica de las unidades de negociación que amplifica el alcance de la orientación legislativa desde los años 90 hacia la asignación de valencias normativas diferenciadas a las distintas unidades de negociación y que es difícilmente compatible con los límites promocionales como base de la intervención legislativa en la regulación de la garantía institucional de la negociación del art. 37 CE. Existen además argumentos adicionales contra esta doctrina. En primer lugar, impone un criterio que contrasta con el considerado en la interpretación del párrafo 1º del mismo precepto estatutario, respecto del que por cierto el TS corrigió su doctrina inicial que ahora sin embargo renace como criterio hermenéutico de los siguientes párrafos del art. 84 LET. En segundo lugar, contradice su propia doctrina conforme a la cual la sanción máxima de nulidad estatutaria debe quedar reservada a los supuestos de convenios “que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto”; tesis que el TS interpreta con la mayor restricción (y que precisamente está en la base de la rectificación de su doctrina sobre el párrafo 1º). Finalmente, esta doctrina de la nulidad plantea problemas aplicativos complejos, en los casos en que no existe correspondencia exacta del ámbito funcional de los convenios superior e inferior. El TS ha mantenido en su Sentencia de 18 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 2344) que en estos supuestos cabe aplicar también la regla prohibitiva del art. 84.3 LET, pero “con cierta flexibilidad”, esto es, que la exigencia de no negociar las materias incluidas en dicho número “debe proyectarse con mucho más rigor” en el ámbito funcional coincidente, pero no así en el ámbito funcional del convenio inferior no contemplado en el convenio superior, por lo que debe reconocérsele al convenio sectorial inferior “la posibilidad de ordenar dicha materia de un modo singular, siempre y cuando no choque con la regulación del Convenio General”.

#### 4.3. Otros aspectos normativos que inciden en la estructura y articulación de convenios

Junto a las normas de coordinación de convenios colectivos en sentido estricto, y las que el TS ha calificado de norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas (los acuerdos de empresa derogatorios)<sup>32</sup> hay que tomar en consideración la existencia de otros datos normativos que inciden en la evolución de la estructura negocial. Se trata de aspectos normativos que tienen el efecto sobre todo de primar la estabilidad del sistema y el mapa de unidades de negociación existentes. Aunque hay que decir que la jurisprudencia, sin abandonar una actitud ecléctica, parece avanzar en los últimos años tratando de contener sus efectos más perniciosos, sobre todo restringiendo el alcance de la ultra actividad del convenio y ofreciendo una interpretación menos restrictiva del deber de negociar.

El principio de no afectación del párrafo 1º del art. 84 LET inmuniza al convenio *prior in tempore*, salvo aplicación de las reglas del art. 83.2 y 84 párrafos 2º y 3º LET. Pero la inmunidad frente a invasiones de convenios posteriores finaliza con la pérdida de vigencia del convenio afectado. Se plantean aquí algunos supuestos problemáticos. Expondré algunos de ellos. Una cuestión polémica es si el efecto de ultra actividad, *ex art.* 86.3 LET, mantiene vigente el principio de no afectación o por el contrario hace desaparecer la inmunidad de la unidad de negociación. El TS mantiene desde antiguo que la ultraactividad del convenio finaliza con la aprobación de otro posterior, sea revisorio o sustitutorio y no impide el cambio de unidad de negociación, sin que pueda ser utilizada la ultraactividad al objeto de predeterminar las unidades de negociación. Esta doctrina la aplica el TS al supuesto de convenio superior en ultraactividad frente al convenio inferior posterior y a la inversa<sup>33</sup>, superando las contradicciones que ha venido manifestando históricamente la aplicación de esta doctrina en función del ámbito (sectorial o de empresa) del convenio en ultraactividad<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> STS 21-11-2006 –RJ 2006, 9217–).

<sup>33</sup> STS 17-5-2004 –RJ 2004, 4969–: convenio–franja de empresa frente a un convenio sectorial estatal; STS 2-2-2004 –RJ 2004, 1069–: el Convenio estatal de Enseñanza no Reglada anterior en situación de ultraactividad frente al convenio autonómico posterior de Enseñanza Privada de Euskadi; STS 24-4-2006 –RJ 2006, 5867–: convenio anterior del sector del transporte de viajeros de la Comunidad de Madrid frente a convenio posterior del subsector del transporte discrecional para Madrid; STS 21-6-2005 –RJ 2005, 8819–: convenio de subsector provincial anterior de almacenistas de plátanos de Madrid frente a convenio sectorial provincial posterior del comercio mayorista de frutas y hortalizas de Madrid.

<sup>34</sup> Sobre tales contradicciones en la jurisprudencia, cfr. Mercader Uguina, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, cit. págs. 194 y sigs.

No obstante, la ultra actividad amparada en el art. 86.3 LET sigue teniendo un efecto prohibitivo de la afectación del convenio ya denunciado siempre que se mantenga activa la negociación para la renovación del convenio de la misma unidad de negociación<sup>35</sup>. La jurisprudencia entiende que la vigencia ultraactiva de un convenio se agota a estos efectos cuando existen datos inequívocos de la inexistencia de negociación, como la no constitución de una comisión negociadora para la renovación del convenio durante un largo periodo de tiempo<sup>36</sup>, o la acreditación del desistimiento, aunque sea tácito (deducible de la inasistencia a la mesa de negociación y la asistencia a otra mesa de negociación). En suma, el mantenimiento o el cambio de unidad de negociación requerirá el acuerdo de ambas partes negociadoras. El problema final es el de la discrecionalidad judicial en la valoración del supuesto de unidad negociadora activa, como se comprueba con algunos pronunciamientos recientes de Suplicación<sup>37</sup>.

Sólo en este contexto puede entenderse admisible la cláusula de ciertos convenios colectivos que establece que “en caso de denuncia y en tanto no se alcance acuerdo expreso sobre el siguiente convenio, se mantendrá en vigor el presente convenio”. En mi opinión la indicación del art. 86.3 LET de que “la vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración

<sup>35</sup> La STS 17-5-2004 (RJ 2004, 4969) indica que “como muestra la antigua doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Central de Trabajo, esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior (...), esa protección requiere además que la negociación esté activa”. Observa la STSJ Andalucía 23-1-2003 (AS 2003, 2568) que encontrándose el convenio sectorial denunciado, rota la unidad de negociación y estancado el proceso negociador, es legítima la consolidación de la unidad de negociación de empresa y la eficacia del convenio en cuestión.

<sup>36</sup> STS 17-5-2004 (RJ 2004, 4969).

<sup>37</sup> Se comprueba en supuestos como el de la STSJ País Vasco 7-2-2006 (AS 2006, 1438): “De un lado, no puede haber ya duda sobre la inclusión de la actividad de la empresa demandada en el ámbito funcional del convenio colectivo de Oficinas y Despachos de Vizcaya, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo primero. De otro, no se produce la concurrencia vedada, pues la vigencia del Convenio Colectivo para las empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos terminó el 31 de diciembre de 2004, después de su denuncia, una vez finalizado el período pactado de vigencia y de prórroga tácita, y el convenio colectivo provincial de oficinas y despachos de Vizcaya se suscribió el 7 de febrero de 2005. Resulta, pues, de aplicación la doctrina jurisprudencial (...) en el sentido de que la regla general de intangibilidad del convenio colectivo durante su vigencia por lo dispuesto en otro convenio de distinto ámbito, del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, limita su eficacia al ámbito temporal pactado para el mismo, vencido el cual tal inmunidad desaparece, no operando en la fase de ultra actividad de las cláusulas normativas a que se refiere el artículo 86.2 de la misma norma”. A tener en cuenta que el XIV Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnico se suscribieron en junio de 2005, es decir que se mantuvo activa la unidad de negociación nacional. También se plantean dudas en el caso de la STSJ Cantabria 13-4-2005 (AS 2005, 67). Entiende el TSJ que no estamos en presencia de un conflicto de concurrencia en el supuesto (en el que se verían implicados los artículos 82.3 y 84 del ET), porque estamos ante un supuesto de convenio de ámbito

pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio” no puede significar, en el caso concreto de concurrencia de convenios, la prolongación ilimitada de la ultraactividad más allá de un periodo razonable de posible negociación<sup>38</sup>.

Creo por otra parte, que una vez llegado el plazo de vencimiento inicial del convenio la preservación de sus contenidos no puede sustraerse a las reglas que en su caso puedan fijarse conforme al ap. 2º del art. 83 LET. No creo que la prórroga automática del convenio por no ser objeto de denuncia, la renovación

---

superior que ha sucedido al de ámbito inferior. El Convenio Colectivo Marco Estatal de Residencias Privadas de Personas mayores y del Servicio de Ayuda a Domicilio ha sucedido al Convenio Colectivo del sector de empresas de Ayuda a Domicilio de Cantabria, que fue denunciado en octubre del año 2003, dando inicio inmediatamente a un proceso de negociación que culmina con la publicación del nuevo convenio en mayo del 2004. Para la Sentencia el convenio de ámbito superior ha sucedido al de ámbito inferior, ya que no existían restricciones expresas en tal sentido en el regional y el estatal estaba vigente en el momento de la denuncia y entrada del convenio regional en fase de ultraactividad..

<sup>38</sup> Este puede ser el caso de la STS 6-11-1998 (RJ 1998, 9822), en un supuesto en que, denunciado el convenio de empresa, éste pierde su vigencia, si bien mantiene la ultra actividad de sus cláusulas normativas en los términos del artículo 86.3 ET en tanto no exista otro convenio aplicable. Para el TS, “la prórroga de estas cláusulas, no impone las consecuencias de la conservación «sine die», sino que busca salvar vacíos normativos aunque sean temporales. En este supuesto, ante el abandono de las negociaciones del nuevo Convenio Colectivo, que resulta de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia y, que no se debe a maniobras torticeras para evitar el acuerdo –sobre las que ningún indicio de prueba existe–, deviene aplicable el Convenio de ámbito general, con la pérdida de eficacia del contenido normativo del Convenio de Empresa desde la entrada en vigor de aquél”. Sin que pueda alegarse la cláusula de exclusión de la aplicación de otro convenio, por ser de naturaleza obligacional sujeta a la vigencia del Convenio, con lo que una vez denunciado éste, perdió toda su eficacia. En todo caso, observa el TS, sería contraria a la ley y por tanto nula de pleno Derecho, al suponer la imposibilidad de la libre negociación colectiva posterior, que ampara y protege constitucionalmente en el artículo 37 de la Norma Fundamental. También, STSJ Aragón 2-10-2006 (JUR 2007, 85528), en un supuesto donde la pérdida de vigencia del Convenio Colectivo de ámbito autonómico para el sector de Residencias de Personas Mayores de Aragón en 2005 permite la invasión del ámbito regulador autonómico por el III Convenio Marco Estatal de Residencias Privadas de Personas Mayores y del Servicio de Ayuda a domicilio suscrito en 2003. No se comparte en este sentido la tesis de la STS 5-3-2008 (RJ 2008, 5067). En esta Sentencia del TS estamos ante un supuesto de ultraactividad con renovación del convenio colectivo tras un periodo razonable de negociación, donde por tanto el TS podría haberse limitado a reproducir su doctrina al efecto. Es decir, se comparte la consideración de que el mero hecho de la denuncia y vencimiento del convenio no hace inaplicable la regla del párrafo 1º del art. 84; pero porque en el supuesto se inició inmediatamente una negociación que dio lugar sin solución de continuidad a la firma del siguiente convenio, y no porque, como afirma la Sentencia, “no estamos ante un convenio denunciado y vencido que haya visto prorrogado su contenido normativo, en virtud de la norma de supletoriedad contenida en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores –una vez concluida la duración pactada del contenido, en defecto de pacto expreso, se mantendrá en vigor el contenido normativo–, sino ante un convenio que, una vez concluida la duración pactada, se mantiene en vigor, por haberse pactado así expresamente”.

del mismo o el efecto de ultra actividad pueda blindar a éste de las disposiciones del convenio colectivo general porque en ese caso sencillamente se ignora la misma previsión del párrafo 1º del art. 84 en relación con el 83.2 LET.

También incide en la dinámica de la estructura de la negociación la interpretación judicial del alcance del deber de negociar. La temática es compleja por la propia redacción del art. 89.1 pár. 2º abierta a una diversidad de interpretaciones, asumidas de manera ecléctica por el TS<sup>39</sup>. En síntesis, la doctrina del TS sobre el deber de negociar contribuye, de un lado, a la estabilidad de la estructura negocial, centrando el deber de negociar en los supuestos de continuidad de la unidad de negociación. De otro lado, favorece esta doctrina jurisprudencial el desarrollo de unidades sectoriales superiores. Ello tiene lugar, en primer término, por la vía de la admisión de un deber de negociación en unidades *ex novo* sectoriales superiores<sup>40</sup>; en segundo lugar, excluyendo dicho deber en unidades sectoriales inferiores por existir un convenio vigente y ser aplicable entonces la doctrina de la continuidad de la unidad de negociación<sup>41</sup>; y finalmente, restringiendo el deber de negociar por existir un derecho de desistimiento de unidades de negociación<sup>42</sup>.

## 5. LA DISCIPLINA CONTRACTUAL DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Lo expuesto hasta aquí nos permite concluir que las diferentes reglas estatutarias de coordinación de la estructura y articulación de unidades de negociación priman la estabilidad del sistema. Para romper con la lógica continuista del sistema negocial el legislador ha emprendido un camino jurídicamente tortuoso, incidiendo negativamente en la seguridad jurídica; un camino al

<sup>39</sup> Véase, recientemente, Cuenca Alarcón, “*Procedimiento de negociación colectiva estatutaria*”, en en Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual jurídico de la negociación colectiva*, cit, págs. 349 y sgs.

<sup>40</sup> STS 3-5-2000 (RJ 2000, 4258).

<sup>41</sup> STS 10-4-2002 (RJ 2002, 5321) y STS 10-12-2002 (RJ 2003, 1951). La STS 28-2-2000 (RJ 2000, 2246) legitima la negativa empresarial a negociar un convenio de franja dentro de la empresa por la previa iniciación de las negociaciones en una unidad general que comprende la de aquel convenio.

<sup>42</sup> STS 21-6-2005 –RJ 2005, 8819–. En el supuesto se admite el cambio de unidad de negociación, interpretando que la negociación del convenio sectorial provincial posterior del comercio mayorista de frutas y hortalizas de Madrid no afecta al convenio de subsector provincial anterior de almacenistas de plátanos de Madrid que se encontraba en fase de ultraactividad. Precisamente con anterioridad la STS 16-7-2001 (RJ 2002, 576) inaplicó el primero de los convenios por invadir el ámbito del convenio de subsector provincial de almacenistas de plátanos que estaba en plena vigencia.



mismo tiempo pernicioso al debilitar la capacidad de gobierno del sistema por las organizaciones más representativas. La jurisprudencia juega por su parte un papel ambivalente o ecléctico, limitándose en unos casos a neutralizar los efectos rigidificadores del sistema (en un sentido centralizador o descentralizador), en otros agravando los problemas técnico-jurídicos generados por las reformas legislativas.

Paralelamente a los desarrollos legislativos madura también la idea en la autonomía colectiva de la necesidad de una disciplina contractual dentro del propio sistema de negociación. Desde finales de la década de los 90 creo que se avanza en la formación de un paradigma contractual en la ordenación de la negociación, basado en la centralización, la articulación y la especialización funcional.

Dos factores me parecen relevantes en el cambio de tendencia en la ordenación de la estructura y articulación de la negociación colectiva. El primer factor se refiere al proceso de sustitución de las ordenanzas laborales a partir de 1994<sup>43</sup>. Este proceso ha conllevado una importante dinamización en el tejido negocial, incidiendo, en primer lugar, en la reordenación de ámbitos funcionales y en la redefinición del papel de las unidades de negociación. Este escenario renovado anima tendencias a la generación de nuevos sectores o subsectores de actividad (por ejemplo, dentro del sector de hostelería), tendencias a la fragmentación de sectores tradicionales en nuevos subsectores estatales (puede servirnos los ejemplos sectoriales de construcción, vidrio y cerámica, de alimentación o de transportes), a la segmentación funcional estatal y provincial (comercio; limpieza de edificios y locales), o, en fin, la aparición de nuevas unidades sectoriales de negociación (autónomas en el sector del comercio y de limpieza de edificios y locales). En segundo lugar, el proceso de sustitución de las ordenanzas laborales incide en la generación y diversificación de fórmulas de articulación de la negociación; se ha observado que 2/3 partes de las nuevas experiencias de articulación se generan en ámbitos negociales de sustitución de la ordenanza<sup>44</sup>. En cualquier caso las tendencias son plurales. Prevalece la tendencia a la centralización (mediante la aparición de convenios estatales antes inexistentes en el sector), aunque también se observan tenden-

<sup>43</sup> Remito a los estudios de Valdés Dal-Ré, "*Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva: una aproximación*"; y Lahera Forteza y Cuenca Alarcón, "*La estructura de la negociación colectiva tras la sustitución de las ordenanzas laborales*", en *Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2004.

<sup>44</sup> Cfr. Valdés Dal-Ré, "*Proceso de sustitución de las ordenanzas laborales y cambios en la estructura de la negociación colectiva:...*", cit., pag. 142.

cias a la descentralización (afianzando unidades descentralizadas en el vacío generado por la desaparición de la normativa sectorial estatal, como ocurre el sector de limpieza de edificios y locales<sup>45</sup>). Un ejemplo paradigmático del dinamismo y diversificación de situaciones lo encontramos en la evolución de modelos subsectoriales dentro del sector de construcción, vidrio y cerámica tras la derogación de la Ordenanza Laboral del sector.

El segundo factor se vincula al desarrollo de los acuerdos interprofesionales de negociación colectiva a partir de 1997<sup>46</sup>. Los AINC desde 1997 a 2007 van a tratar de favorecer una estrategia centralizadora de la negociación colectiva, haciendo del convenio estatal una pieza clave en la garantía de la unidad y uniformidad mínima en el sector, pero al mismo tiempo, y como dato novedoso desde 1997, se busca avanzar en una descentralización ordenada en núcleos temáticos básicos de la negociación.

Creo que es visible un cambio “tranquilo” en la orientación de la estructura de la negociación sectorial en España. Destaco algunas pautas de evolución. En primer lugar, lo novedoso de los AINC desde los 90 es que asumen que el objetivo de renovación de la negociación colectiva es cometido de la propia autonomía colectiva. Desde esta óptica se percibe en los AINC una cierta lógica de autodefensa o de reacción frente a los aires intervencionistas del Estado en la ordenación de la negociación. En segundo lugar, es relevante la aportación de los AINC en el terreno de la estructura de la negociación, particularmente el AINC de 1997, porque inicia la senda de la articulación de la negociación, evitando la institución de un modelo uniforme de estructura negocial. Se acepta una ordenación plural del poder contractual dentro del sistema negocial. En tercer lugar, debe resaltarse que desde 1997 la autonomía colectiva asume el empeño de hacer del convenio sectorial el elemento vertebrador de la estructura

<sup>45</sup> El Sector de limpieza de edificios y locales es un buen ejemplo para observar cómo la evolución del proceso de sustitución de la Ordenanza laboral ha condicionado la evolución de la estructura negocial. Un análisis del sector en Baylos Grau y Trillo Párraga (Coord.), *Análisis de la estructura y contenidos de la negociación colectiva del sector de la limpieza de edificios y locales*, Ed. Bomarzo, 2006.

<sup>46</sup> Entre otros estudios, Casas Baamonde, “Diálogo y concertación social: el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva”, en *Relaciones Laborales*, nº 10, 1.997; Valdés Dal-Ré, “Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual”, en *Revista de Derecho Social*, nº 15, 2001; Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré y Casas Baamonde, “El Acuerdo Interconfederal para la Negociación colectiva 2002”, *RL*, nº 2, 2002; Rodríguez-Sañudo, “Estructura negocial y distribución de contenidos de los convenios en el Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva”, en *RMTAS*, nº 8; Rodríguez-Piñero Royo, “La articulación de la negociación colectiva”, en *La eficacia de los convenios colectivos*, MTAS, 2003; Cruz Villalón, “La nueva hornada de Acuerdos Interconfederales para la negociación colectiva: 2002, 2003 y 2004”, en *Nuevos problemas de la Negociación Colectiva*. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2004.

negocial. Dicho empeño va acompañado de una estrategia de articulación negocial basada más en la especialización funcional que en la sustitución de unidades negociales.

Las respuestas del sistema de negociación al proceso son muy diversas. Me parece destacable que existe un número significativo de convenios de sectores y subsectores estatales que han afrontado la revisión de la estructura de la negociación y sus reglas y que otorgan cierta relevancia en su contenido a la racionalización de la estructura y articulación del sector<sup>47</sup>. Por lo demás se pone de manifiesto la asimetría en la evolución de los sectores hacia la articulación de la negociación y la diversidad de fórmulas de articulación que se establecen.

## 6. LA NECESIDAD DE UN MODELO ESPAÑOL DE COORDINACIÓN SECTORIAL Y DESCENTRALIZACIÓN ORGANIZADA

La existencia de una pluralidad de unidades de negociación es una característica histórica de los sistemas continentales de negociación colectiva. De la evolución reciente en los sistemas continentales, al margen de los diversos encuadramientos jurídicos de la negociación, cabe extraer una serie de tendencias comunes en esta década<sup>48</sup>. En primer lugar, la evolución hacia un policentrismo regulador, basado en un cierto repliegue en el papel de la ley y un incremento del protagonismo del convenio colectivo. En segundo lugar, una diver-

<sup>47</sup> Con distinto grado de perfeccionamiento pueden citarse, entre otros, IV Convenio General de la Construcción (2007–2001), XV Convenio colectivo de la industria química (2007–2009), V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (2008); III Convenio colectivo estatal de la madera (2007); III Convenio Colectivo General Estatal del Corcho (2006); III Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (2007); XII Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (2006); I Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (2008); Convenio Colectivo estatal para las empresas organizadoras del juego del Bingo (2006-2007); IV Convenio Colectivo Estatal para el Sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, mediante control horario y cumplimiento de las ordenanzas de aparcamientos (2007–2010); Convenio Colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (2005-2008); IV Convenio Colectivo de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (2007-2008); IV Convenio Colectivo Nacional del Sector del Auto-Taxi (2006-2008); Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (2006-2008); I Convenio colectivo marco estatal de acción e intervención social (2007); Acuerdo estatal del sector del metal de agosto de 2008 (2008-2010); III Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (2005-2009).

<sup>48</sup> Véase, desde una visión comparada, Caruso, “Sistema contrattuali e regolazione legislativa in Europa”, en GDLRI, 112, 2006, págs. 597 y sigs.; Sciarra (Dir.) *The evolving structure of Collective Bargaining in Europe 1990-2004*, Universidad de Florencia.

sificación de los niveles de negociación y de sus funciones reguladoras. En tercer lugar, una orientación descentralizadora clara, en beneficio del nivel empresarial de negociación. La cuestión que se suscita es si en esta tendencia descentralizadora se acabará imponiendo un modelo de descentralización coordinada o desorganizada.

También en España la evolución de nuestro modelo de negociación en la última década, caracterizada por el repliegue legislativo y la centralidad otorgada a la negociación, junto con la expansión de sus contenidos, fuerzan un mayor dinamismo negocial en la fijación de las reglas de la estructura negocial. Siendo diversas las soluciones en la configuración de la estructura negocial, en mi opinión un modelo español de coordinación sectorial y descentralización organizada es un modelo óptimo desde el punto de vista macroeconómico, desde la óptica de los intereses de los trabajadores y desde la perspectiva de las exigencias que el tejido empresarial impone a la negociación. Este modelo exige en todo caso una estructura negocial caracterizada por la simplificación de las unidades de negociación, su articulación y la reserva de un espacio propio a los mecanismos de negociación descentralizada.

Desde esta óptica caben algunas apreciaciones críticas, con las que deseo concluir. En primer lugar, aunque –como acabo de indicar– a nivel interprofesional se pone el acento en una articulación negocial basada más en la reordenación de funciones que en la sustitución de unidades negociales, creo que a nivel sectorial debe repensarse la estructura de la negociación desde el objeto de la simplificación de la estructura, eliminando los niveles sectoriales intermedios (en particular, la unidad negocial provincial)<sup>49</sup>. Caben desde luego matices. Dada la heterogeneidad de nuestro tejido negocial es posible que los convenios sectoriales intermedios puedan jugar un papel relevante en diferentes sentidos (centralizadores o descentralizadores). En todo caso, una opción factible, en los supuestos en que el convenio provincial ejerce un papel centralizador (en sectores caracterizados por el predominio de PYMES con un ámbito territorial reducido de competencia, donde este nivel constituye el eje de regulación de las relaciones laborales), es la consolidación del nivel regional, que cumpliendo la misma función uniformadora favorece la simplificación de la negociación. En los supuestos donde el convenio provincial asume una función descentralizadora deben delimitarse las materias y funciones reguladoras de

<sup>49</sup> Una apuesta clara en este sentido se contiene en la reciente propuesta sindical italiana de reforma del modelo de negociación: *Proposta di linee guida per la riforma della contrattazione collettiva*, de 10 de octubre de 2008. El documento puede encontrarse en [www.eguglianzaeliberata.it](http://www.eguglianzaeliberata.it).

estos convenios territoriales, cerrando las puertas a toda pretensión de regulación totalizante del convenio<sup>50</sup>.

En segundo lugar, la centralización, que es una tendencia sectorial general, no debe significar la imposición de una cierta hegemonía de la negociación estatal. Ello se percibe en la ampliación de materias reservadas al nivel estatal (más allá del art. 84.3 LET), la afirmación de una reserva absoluta y el establecimiento en lo demás del convenio estatal como norma mínima en el conjunto de sus contenidos. En tercer lugar, cabe puntualizar que las reservas de competencias para el nivel sectorial estatal pueden encontrar justificación, pero deben venir acompañadas de la voluntad de hacer de esta regulación una referencia suficiente y eficaz para el sector (como ocurre en sectores como el de la construcción). Lo cual no acontece en muchos casos donde la reserva que se reconoce el nivel estatal (por ejemplo en materia de seguridad y salud laboral) no es objeto de un mínimo desarrollo normativo dentro del convenio.

En cuarto lugar, los convenios sectoriales estatales deben fijar reglas mínimas sobre estructura, articulación y solución de conflictos de concurrencia y deben hacerlo con la suficiente precisión técnica para evitar efectos negativos en la seguridad jurídica (como una regulación genérica de la distribución de materias entre unidades de negociación). Finalmente, en quinto lugar, las cláusulas convencionales extendidas en los convenios sectoriales estatales de distribución de materias y competencias por niveles negociales puede en muchos casos contrariar los apartados 2º y 3º del art. 84 LET. Creo que hay una tendencia mimética en la negociación sectorial a reproducir cláusulas que han sido ya anuladas en algún convenio general por el TS. Los problemas que estos planteamientos pueden generar por su contradicción con el art. 84 LET son abordados satisfactoriamente en algunos convenios sectoriales recientes, mediante la técnica de la diferenciación de la reserva a favor del convenio de nivel estatal. De un lado se recogen las materias que son competencias exclusivas del convenio sectorial estatal, coincidentes con las previsiones del art. 84.3; de otro lado, las materias cuya regulación no es vinculante para los niveles inferiores.

<sup>50</sup> Por ejemplo, en el sector de la construcción el CGSC, se establece una detallada regulación sobre la seguridad y salud en el sector de la construcción, en lo referente a la articulación de la negociación y la distribución de materias por niveles de negociación. Pues bien, tomando sólo como referencia los convenios provinciales andaluces en el sector observamos que efectivamente ciertos convenios provinciales más recientes se remiten en esta materia al convenio estatal (así, convenio provincial de Almería, 2008, DA 2ª; Cádiz, 2008, DA 3ª; Granada, 2007); en cambio otros optan por aprovechar para entrar en la regulación de aspectos que se reserva el convenio estatal. Así, el de Córdoba, 2008 –regulación del comité de seguridad y salud, art. 60–; el de Jaén, 2007 –reconocimientos médicos, art. 12–, aunque con sometimiento expreso al convenio estatal, DA 4ª–.

Un número significativo de estudios doctrinales en esta década resaltan que poco o nada ha cambiado en la materia, manteniéndose patologías como la atomización y dispersión de unidades de negociación y la falta de coordinación. Con cierto pesimismo se concluye que estamos frente un modelo bloqueado, donde, ante la incapacidad de autodisciplina de las organizaciones sindicales y patronales y en el actual contexto normativo, la ordenación de estructura y la articulación negocial seguirá siendo un problema pendiente e inviable en el actual contexto normativo y negocial. Ello abriría justificado el debate a principio de la década sobre la necesidad de una reforma legal del sistema.

Yo creo que se minusvaloran las dificultades para avanzar en la coordinación de la negociación colectiva como sistema contractual, debido a la dificultad de armonización de regulaciones dinámicas y autónomas normativamente y la complejidad del proceso de articulación funcional entre convenios colectivos de distinto nivel, y además porque todo ello requiere la cooperación de los sujetos negociadores, celosos de su poder negocial dentro de la organización o directamente beligerantes en su defensa cuando hablamos de sujetos negociadores desvinculados organizativamente.

Quizá la contribución de la negociación a la dinamización del tejido productivo puede requerir una legislación de apoyo a través de algunos cambios normativos. La opción de una reforma orientada hacia un modelo descentralizado (que otorgue el protagonismo a la negociación de empresa) no es aconsejable. De un lado, porque no es viable (dada la implantación de PYMES); de otro lado, porque no es oportuna desde el punto de vista de la tutela del trabajo (por la inexistencia en muchos casos de estructuras representativas de los trabajadores); finalmente, porque no está demostrado que este modelo sea más eficiente que un modelo centralizado y coordinado.

Creo que una coordinación sectorial voluntaria siguiendo estas pautas puede ser más adecuada que una intervención legal reordenadora de la negociación. No obstante, una intervención legal podría ir en la línea reclamada por los agentes sociales de apoyo a la racionalización de la estructura desde la propia autonomía contractual. Algunas pautas de dicha resolución podrían ser las que siguen. En primer lugar, el restablecimiento de la capacidad de gobierno de la autonomía colectiva a través de una nueva versión del art. 83.2 LET y la fijación de la regulación del art. 84 como supletoria. En segundo lugar, el marco legal debería tomar en consideración el nivel sectorial superior (estatal o autonómico) y el nivel de empresa como referencias estables del sistema de negociación. En tercer lugar, sería necesaria una garantía legal de la autonomía negocial de empresa. Debe garantizarse a la negociación de empresa capacidad para gestionar los procesos de crisis empresarial y de adaptación normativa frente a las situaciones de innovación productiva y de la organización del trabajo. En este sentido, debe reforzarse legalmente el espacio en el que tengan

preferencia los convenios o acuerdos de empresa (en la línea de los acuerdos derogatorios). El legislador debe procurar precisar las funciones derogatorias del convenio o acuerdo de empresa en cada caso, para evitar derogaciones generalizadas que cuestionen el orden negocial general establecido en el sector. En particular, en los sectores de actividad donde conviven convenios sectoriales superiores e inferiores debe reconocerse al convenio o acuerdo de empresa capacidad de afectación sobre el convenio sectorial inferior. Regla general que debe regir con la excepción de las materias o contenidos que determine el convenio sectorial superior, salvaguardando así el papel regulador de los convenios autonómicos o provinciales en determinados sectores en los que estos niveles asumen el protagonismo regulador (donde por tanto el convenio estatal se limita a una función supletoria).

En suma, una política negocial y legislativa de impulso a las tendencias sectoriales de coordinación de la negociación puede fortalecer el papel de la negociación colectiva en la dinamización del tejido productivo en un momento histórico donde se cuestiona un modelo de crecimiento económico y de competitividad empresarial.





# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

MANUEL CORREA CARRASCO

*Profesor Titular (acreditado como Catedrático)  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Carlos III de Madrid*

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Negociación Colectiva, Andalucía

El carácter medular de la negociación colectiva en la ordenación del sistema de relaciones laborales, siendo indiscutible, se suele poner en entredicho a menudo, especialmente, ante circunstancias económicas adversas como las actuales. De este modo, espoleados por la necesidad de buscar soluciones para afrontar la crisis empresarial, surgen planteamientos donde se achaca a la negociación colectiva la responsabilidad de la hipotética rigidez del mercado de trabajo. Desde de tales presupuestos, se realizan propuestas que, sin embargo, no se dirigen a dotar de mayor flexibilidad a la misma, sino que, de forma más o menos directa, tratan de cuestionar su función normativa.

Frente a ello, y partiendo de la base de que el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a la negociación colectiva está inescindiblemente ligado a su condición de fuente de ordenación jurídica, el presente trabajo tiene por objeto poner de relieve el papel de los órganos jurisdiccionales y, especialmente, el desarrollado en su ámbito por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la consolidación del modelo instaurado en nuestro ordenamiento. Para ello, se efectúa un análisis de la doctrina emanada sobre la materia, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que están directamente vinculados a la función reguladora que la negociación colectiva está llamada a desempeñar.

## ABSTRACT

**Key words:** Collective Bargaining, Andalusia

The structuring nature of collective bargaining in the industrial relations system, though incontrovertible, is often questioned, especially in adverse economic circumstances, like the current ones. Thus, spurred on by the need to seek solutions to face the business crisis, collective bargaining is made responsible for the hypothetical rigidity of the labour market. With this supposition, proposals are made which, however, are not aimed at providing more flexibility to bargaining but which try to directly or indirectly question its regulatory function.

In view of this, and based on the fact that complying with the constitutional aims appointed to collective bargaining is unavoidably linked to its condition as a source of legal structuring, this work has the objective of pointing out the role of jurisdictional institutions and, especially, developments in the sphere of the Supreme Court of Andalusia, in consolidating the model established in our legal order. To this aim, an analysis is carried out of the doctrine arising on this topic, especially highlighting those aspects that are directly linked to the regulating function that collective bargaining is supposed to play.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL
  - 2.1. La problemática relativa a la titularidad del derecho
  - 2.2.- La vulneración del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso a la llamada “autonomía individual en masa”
3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO
  - 3.1. La “fuerza vinculante” del convenio como eficacia normativa
    - 3.2. La génesis contractual del convenio y su proyección jurídica
      - 3.2.1. La interpretación del contenido del convenio: determinación de los cánones hermenéuticos aplicables
      - 3.2.2. El convenio como contrato: el respeto al equilibrio interno del convenio
      - 3.2.3. El alcance del papel atribuido a las Comisiones Paritarias
    - 3.3. Contractualismo vs normatividad en el convenio colectivo
    - 3.4. La problemática (e irresuelta) caracterización jurídica del convenio colectivo de eficacia limitada
4. EL CONTENIDO DEL CONVENIO: CARACTERIZACIÓN Y LÍMITES
  - 4.1. Los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites al contenido convencional: especial referencia al principio de igualdad
    - 4.1.1. Las exclusiones injustificadas del ámbito de aplicación personal del convenio
    - 4.1.2. La discriminaciones retributivas establecidas en convenio: especial referencia a las “dobles escalas salariales”
    - 4.1.3. Las cláusulas de jubilación forzosa y el principio de igualdad
  - 4.2. Los límites legales al contenido del convenio
    - 4.2.1. Los límites al convenio en la relación de complementariedad
    - 4.2.2. La flexibilidad legal en la relación de complementariedad
  - 4.3. La distinción entre contenido normativo y obligacional
5. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS

## 1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva constituye, sin duda, una de las instituciones medulares en la ordenación de los sistemas de relaciones laborales propios de las sociedades democráticas que, precisamente, se caracterizan por situar a los grupos sociales organizados como principales protagonistas y responsables de la defensa, regulación y gestión de sus respectivos intereses. En nuestro país, una vez recuperadas las libertades y asentados los cimientos del nuevo orden jurídico político instaurado por la Constitución Española (CE), el papel desarrollado por la negociación colectiva y, también, la percepción del mismo por parte de los operadores jurídicos ha estado al nivel de las exigencias planteadas por los valores axiológicos sobre los que se levanta nuestra Norma Fundamental<sup>1</sup>. A lo

<sup>1</sup> Enfatizando sobre el papel de estas pautas axiológicas en la actuación de las instituciones jurídicas y de la ciudadanía, Rodríguez-Piñero, M. “30 Años de España Constitucional”, RL-01/09, p. 2.

largo de estos años, puede decirse que dicho papel se han asumido plenamente en el contexto de las reglas que marcan la dinámica inmanente al libre juego de la autonomía colectiva, del mismo modo que se han ido perfilando los elementos estructurales de este principio organizativo partiendo de su configuración constitucional, de carácter tridimensional, como derechos fundamentales (huelga) garantías institucionales (negociación colectiva) o libertades públicas (libertad sindical)<sup>2</sup>.

A pesar del avance experimentado en este terreno y del consecuente grado de consolidación institucional alcanzado, no puede decirse, sin embargo, que estemos ante un proceso que haya concluido a día de hoy. En este sentido, puede constatarse cómo las propuestas de revisión de nuestro sistema de negociación colectiva no han sido infrecuentes, sin perjuicio de su carácter más o menos acabado y de su propia viabilidad práctica. En ellas se ha puesto reiteradamente en cuestión el modelo legal desarrollado bajo el amparo constitucional, lo que sería perfectamente asumible si tenemos en cuenta que, por su carácter contingente, es factible que se produzcan desajustes a la hora de encauzar el funcionamiento de una institución caracterizada, precisamente, por su consustancial dinamismo. El problema se plantea, sin embargo, cuando los ensayos y las propuestas de revisión afectan a la propia naturaleza jurídica y eficacia de la negociación colectiva, poniendo en cuestión su función como instrumento de gobierno y ordenación de las relaciones laborales. Este tipo de propuestas, formuladas habitualmente en clave flexibilizadora, son relativamente frecuentes en periodos de dificultades económicas, donde, espoleados por la necesidad de buscar soluciones para afrontar la crisis empresarial, surgen planteamientos donde se achaca a la negociación colectiva la responsabilidad de la hipotética rigidez del mercado de trabajo.

A título ilustrativo, resultan especialmente sorprendentes las recientes declaraciones realizadas por el responsable de una de las principales instituciones económicas de nuestro país, recomendando la “suspensión temporal” de las cláusulas salariales establecidas en los convenios colectivos<sup>3</sup>, lo que, no sólo supone hacer abstracción de la fuerza vinculante constitucionalmente proclamada, sino que obvia la existencia de suficientes mecanismos jurídicos para flexibilizar su aplicación, cuando concurren las circunstancias que lo justifiquen, y proceder a las correspondientes ajustes en aquellas empresas que lo necesiten (por ejemplo, mediante los procedimientos de descuelgue salarial). Desde esta perspectiva, la degradación del función institucional de la negocia-

<sup>2</sup> Un análisis al respecto, en mi estudio sobre *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, BOE/UCIIM, Madrid, 1997; pp. 199 ss.

<sup>3</sup> Diario *Cinco Días*, 01/04/2009.

ción colectiva que se deriva de este tipo posiciones ha constituido tradicionalmente un objetivo que, desde posiciones maximalistas, se sitúa en un contexto axiológico tendente a la progresiva supresión de límites y obstáculos a la libre acción de los mercados y, consecuentemente, preconizan la supeditación de las reglas a imperativos de índole economicista. A la luz de los acontecimientos actuales, sin embargo, no parece que la desregulación forme parte de la solución, sino que constituye más bien una de las principales causas del problema.

Al margen del grado de rigurosidad con el que, desde el punto de vista jurídico, se efectúan este tipo de planteamientos y otros de similar alcance, quizá lo más llamativo de todos ellos es que prescinden, no sólo del papel que desempeña la negociación colectiva como instrumento de regulación de las relaciones laborales (cuyo protagonismo se incrementa a medida que decrece el tradicionalmente asignado a la ley), sino de los equilibrios de intereses que subyacen en cada proceso negociador y que finalmente encuentran plasmación en el texto del convenio. Hacer tabla rasa de todo ello, supone privar de virtualidad a un instrumento que ha demostrado con creces su funcionalidad y eficacia en la composición y gestión de los conflictos sociales. Y no hay que olvidar que el cumplimiento de estos objetivos está inescindiblemente ligado a su función normativa.

Precisamente por ello, resulta particularmente interesante el papel jugado por los operadores jurídicos, y principalmente, por los órganos jurisdiccionales, en la construcción y afianzamiento de nuestro sistema de negociación colectiva. De ahí que el presente trabajo tenga por objeto el análisis de la doctrina judicial en la materia emanada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), haciendo especial hincapié en aquéllos pronunciamientos que inciden sobre el conjunto de aspectos que están directamente vinculados a la función reguladora asignada a fuente negocial. A tales efectos, se tratará de destacar el mayor o menor grado de singularidad de las tesis mantenidas en cada caso, en contraste con la doctrina jurisprudencial establecida al respecto. Concretamente, y dejando al margen cuestiones estrictamente procedimentales, se trataría de constatar los parámetros hermenéuticos utilizados a la hora de analizar la función jurídica asignada a la fuente negocial y los rasgos estructurales concomitantes con la misma. Para ello, será asimismo necesario verificar, desde esta perspectiva, el modo en el que se conjugan los elementos que definen el modelo de negociación instaurado en el Título III ET con las pautas que se desprenden del diseño constitucional.

De este modo, y sin ánimo de exhaustividad, se traerán a colación las sentencias sobre la materia dictadas en los últimos veinte años por la Sala de lo Social del TSJA que se han considerado más significativas a tales efectos. Para ello, se han consultado las selecciones realizadas por las principales bases de datos de jurisprudencia (incluidas la más específica del CARL), pero también, las llevadas a cabo en su día por la propia Revista Temas Laborales.

## 2. EL ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL

La asunción por parte de la doctrina del TSJA del papel institucional asignado a la negociación colectiva en la ordenación del sistema de relaciones laborales, en el contexto del nuevo diseño constitucional, es una constante en los pronunciamientos recaídos sobre la materia. De este modo, trayendo a colación la doctrina emanada de instancias superiores, se destaca, no sin cierta grandilocuencia, que “la autotutela colectiva se logra en el campo laboral a través de la negociación colectiva, como instrumento especialmente idóneo para la ordenación de las condiciones de trabajo, puesto por el artículo 37.1 de la Constitución al alcance de los representantes de los trabajadores y de los empresarios, con la fuerza vinculante que atribuyen el citado precepto constitucional y el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos”<sup>4</sup>. En esta línea argumentativa, se pone especial énfasis en el contraste que ello supone respecto del modelo preconstitucional, señalando que “el sistema de regulación de las relaciones jurídico laborales sufrió un cambio sustancial a partir de la promulgación de la Constitución española en cuyo artículo 37 se consagra el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios”<sup>5</sup>, en el sentido de que “se produce un tránsito desde la primacía de la regulación estatal de las condiciones de trabajo hacia la autonomía de las fuerzas sociales para darse a sí mismas la normativa correspondiente”<sup>6</sup>.

Sentado lo anterior, sin embargo, se van a reproducir las dificultades y controversias interpretativas que, con carácter general, se manifiestan en la jurisprudencia ordinaria en torno a la caracterización de algunos de los aspectos que integran el modelo de negociación colectiva instaurado y, especialmente, en lo relativo a la articulación entre el diseño legal y el constitucional. Será oportuno analizar hasta qué punto la doctrina del TSJA ha asumido las posiciones dominantes y, en su caso, cuáles han sido los matices que ha ido incorporando a cada uno de los elementos sobre los que ha girado este largo e inacabado debate.

### 2.1. La problemática relativa a la titularidad del derecho

Como es sabido, la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva se caracteriza por la amplitud con la que aparece diseñada la titu-

<sup>4</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>5</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993).

<sup>6</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

laridad del mismo. La utilización del término “representantes de los trabajadores” no admite lugar a dudas a tales efectos, y es elocuente respecto de la decidida voluntad del constituyente de evitar un monopolio sindical del fenómeno colectivo que, a tenor de las circunstancias concurrentes en ese momento, sería claramente disfuncional para el desarrollo del papel asignado a la autonomía colectiva. Consecuentemente, dicha amplitud tenía por objeto garantizar la efectividad del propio derecho a la negociación colectiva, al propiciar la existencia potencial de una pluralidad de sujetos con capacidad para negociar, especialmente en el ámbito empresarial, donde era patente el déficit de presencia sindical.

En todo caso, la diversidad de estructuras representativas con capacidad negociadora no se proyecta, en buena lógica, sobre el resultado del proceso de negociación. En otras palabras, la naturaleza y eficacia jurídica del convenio resultante no difiere en función de qué tipo de representación, sindical o unitaria, sea la que lo haya negociado. El mandato dirigido a la ley relativo a la garantía de la fuerza vinculante del convenio no hace diferenciación alguna al respecto y, por tanto, la configuración del modelo legal de negociación colectiva encuentra aquí un límite insoslayable, máxime si tenemos en cuenta que el propio diseño estatutario refleja esa pluralidad de sujetos legitimados para negociar.

A pesar de ello, sin embargo, la tutela jurídica del derecho a la negociación colectiva se aparta de esta lógica y, de forma injustificada (pues se funda exclusivamente en el argumento formal de la distinta ubicación sistemática de los arts. 28.1 y 37.1 en el texto constitucional), se configura de modo asimétrico pues, a la postre, su ejercicio por parte de la representación sindical va a gozar de un mayor grado de protección (por su vinculación al art. 28.1 CE) que, cuando el mismo derecho, se ejerce por parte de la representación unitaria. La degradación relativa que sufren los procesos de negociación colectiva llevados a cabo por esta representación provoca distorsiones en un sistema negocial caracterizado, por el contrario, por la homogeneidad, en cuanto al valor jurídico se refiere, de los convenios colectivos elaborados conforme a las prescripciones estatutarias.

Esta doctrina, a pesar de la incongruencia señalada, se ha mantenido desde su plasmación en un primer momento en significativos pronunciamientos jurisprudenciales, como los contenidos, entre otras, en las SSTC 37/1983 y 118/83, según las cuales, partiendo del presupuesto de que “el art. 7 de la Norma Fundamental constitucionaliza al sindicato no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar (...) una indirecta vinculación con el art. 129.2 de la Constitución”, se llega a la conclusión que el entramado de mecanismos de tutela vinculados a la libertad sindical sólo se activa cuando se vulnera el derecho a la negociación colectiva ejercido por un

sindicato, pero cuando ese mismo derecho es ejercido por otros titulares del derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE*, como la representación unitaria, pues, en suma, aquélla “no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité”. En definitiva, haciendo abstracción del significado material del derecho reconocido (que no es otro que propiciar la creación de normas convencionales), una misma función es tutelada de forma distinta dependiendo de la naturaleza del órgano que la desempeñe.

Por su parte, el TSJA, como no podría ser de otra manera, ha asumido plenamente esta doctrina y, lejos de matizarla, la ha llevado hasta sus últimas consecuencias. Como prueba de ello, y con base en los argumentos señalados, nos encontramos con sentencias en las que a la representación unitaria se le va a acabar negando el reconocimiento de interés legítimo para reaccionar frente a una eventual vulneración del derecho a la negociación colectiva, y ello a pesar de que se trataba de denunciar prácticas empresariales (autonomía individual en masa) que vaciaban de contenido un convenio colectivo que se estaba renegociando por el propio Comité de Empresa<sup>7</sup>. La artificiosidad de esta doctrina lleva a la paradoja de que, en tales casos, la tutela frente a tales conductas contrarias al derecho a la negociación colectiva sólo podría ejercerse si mediara la intervención de un sindicato, aunque fuera ajeno por completo al proceso de negociación. Como puede comprobarse, esto supone, en última instancia, desvirtuar el derecho a la negociación colectiva de la representación unitaria, pues de poco sirve reconocerle la titularidad del mismo si, a la postre, se le acaba privando de la facultad de solicitar su tutela judicial en los casos en que deba recabarse.

## **2.2. La vulneración del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso a la llamada “autonomía individual en masa”**

Uno de los principales flancos abiertos del derecho a la negociación colectiva ha venido dado por la necesidad de que, en su ejercicio, deba respetarse un espacio de actuación al libre juego de la autonomía individual. De este modo, y a pesar de que la desigualdad estructural entre las partes de la relación laboral explique y acabe justificando la notable restricción que experimenta dicho espacio, lo cierto es que la función ordenadora asumida por la fuente negociada encuentra aquí un límite ineludible. El problema surge cuando se hace un uso torticero y abusivo de este instrumento con la finalidad de desvirtuar la aludida función ordenadora de la negociación colectiva que, a la postre, acaba siendo sustituida por una actuación desmedida de la autonomía individual que, de este

<sup>7</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647).

modo, desborda sus propios límites funcionales en la determinación del contenido de la relación de trabajo.

Estas prácticas, conocidas bajo la afortunada expresión de “autonomía individual en masa”, han sido objeto de un diagnóstico eficaz por parte de los órganos jurisdiccionales que, desde un primer momento, las ha tipificado como lesivas del derecho a la negociación colectiva haciendo especial énfasis en la intencionalidad inherente a las mismas y los efectos que proyectaban sobre la efectividad de la ordenación convencional. De forma señalada, puede traerse a colación la doctrina constitucional sobre la materia, contenida entre otra en las SSTC 105/1992, 208/1993 y 107/2000, según la cual, aun reconociendo un margen de actuación a la autonomía individual, han de considerarse lesivas del derecho a la negociación colectiva “las conductas individuales que busquen u ocasionen objetivamente, alterando la configuración y los perfiles de la regulación convencional, la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto. En estos casos, ni siquiera la pretendida mejora que pueda tratar de dar validez a tal conducta podrá neutralizar la lesión que se produce con la modificación efectuada al margen de los sujetos que concertaron el convenio suplantado, o de los procedimientos establecidos”. En definitiva, como señala la STC 208/1993, “una utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales”.

La doctrina del TSJA asume plenamente el contenido de la argumentación transpuesta y la aplica sin matices a los supuestos sometidos a su consideración. De forma paradigmática, puede destacarse algún pronunciamiento judicial<sup>8</sup> donde la particularidad radica en que se trata de utilizar esta práctica, no para sovarcar la efectividad de un convenio que se acaba de negociar (que constituye el supuesto más típico), sino para sustituir una regulación convencional durante el proceso de renegociación del convenio. Obviamente, el hecho de que en el supuesto aludido, la parte empresarial elaborara de forma unilateral un “acuerdo laboral” compuesto por 53 cláusulas (una de las cuales declara el fin de la eficacia del convenio que venía siendo aplicado en situación de ultraactividad), pasándolo a la firma de todos y cada uno de los trabajadores, confiere un nivel de tosquedad a la conducta empresarial que hace difícilmente eludible el reproche de vulneración flagrante del derecho a la negociación colectiva de la que es merecedora.

Con todo, hay que valorar positivamente el carácter decidido con el que se asume la doctrina consolidada al respecto y que aparece refrendado en otros

<sup>8</sup> Concretamente, el contenido en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647).



significativos pronunciamientos sobre supuestos en los que, como suele ser habitual en estos casos, se trataba de vaciar sustancialmente el convenio en relación con la regulación de una determinada materia (horarios, jornada)<sup>9</sup>, práctica especialmente recurrente en determinados sectores como el comercio o la banca.

### **3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO**

#### **3.1. La “fuerza vinculante” del convenio como eficacia normativa**

La doctrina del TSJA relativa a la naturaleza y eficacia jurídicas del convenio colectivo, en tanto que resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva reconocido constitucionalmente, se muestra, por lo general, acorde con la establecida por otras instancias jurisdiccionales superiores. De este modo, al menos en lo que al convenio estatutario o de eficacia general se refiere, no parece plantearse duda alguna acerca de su naturaleza inequívocamente normativa, fruto de su carácter de “fuente jurídica en sentido propio y de derecho necesario”<sup>10</sup>, desplegando por ello “análoga fuerza imperativa que los preceptos legales”<sup>11</sup>. Como puede comprobarse, se asume, en esencia, la conocida doctrina constitucional al respecto, contenida entre otras en la STC 58/85, de 30 de abril, según la cual, “la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo del aquellos se impone a las relaciones de trabajo, incluidas en sus ámbitos de aplicación, de manera automática”<sup>12</sup>.

El reconocimiento de esta capacidad de autonormación a los sujetos colectivos no se efectúa, sin embargo, en términos absolutos, sino que, en buena lógica, se trata de una actividad juridificada y, por lo tanto, sometida a límites. Uno de ellos se encuentra en la necesidad de ajustarse a las reglas de producción normativa que, en el caso del convenio de eficacia general, son las esta-

<sup>9</sup> Tal es el caso debatido en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/10/2007 (AS 2008/1134) o en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1584). En el mismo sentido y en supuestos similares, v. la STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2006 (AS 2006/2952) y la STSJ Andalucía (Sevilla) de 08/05/2007 (AS 2007/3216).

<sup>10</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>11</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>12</sup> Es el caso, entre otras, de la STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991), que reproduce dicha doctrina, por lo demás, asumida generalmente por la jurisdicción ordinaria (v., por todas, la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381)).

blecidas a tales efectos en el Título III del ET. Un ejemplo de la proyección práctica de dicha limitación vendría dada por el hecho de que, lógicamente, no sería admisible la pretensión de los negociadores de conferir valor de fuente del derecho a los preacuerdos alcanzados en el curso de un procedimiento de negociación inconcluso<sup>13</sup>. Del mismo modo, desde un punto de vista objetivo, el carácter vinculante del convenio (*ex art. 82.3 ET*) quedaría circunscrito a su propio ámbito aplicativo, ya que, lógicamente, no cabría incorporar cláusulas convencionales (obligacionales o normativas) que se dirigieran a sujetos que quedan fuera de dicho ámbito<sup>14</sup>.

En cualquier caso, la consideración jurídica del convenio como norma se configura habitualmente como presupuesto valorativo que, a modo de convicción preliminar, sirve para analizar algunos aspectos controvertidos que son sometidos a examen por parte del TSJA. En esta línea, hay que destacar una serie de pronunciamientos judiciales cuyo propósito no es otro que el de reafirmar el efecto imperativo que despliega el convenio frente a quienes están sometidos a su ámbito de aplicación<sup>15</sup>, consecuencia directa de su naturaleza normativa, lo que, en primer término, se proyecta en la intangibilidad de su contenido. Una de las manifestaciones más relevantes de ello la encontramos en la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en convenio, vedando la posibilidad de que puedan ser objeto de transacción mediante el juego de la autonomía individual que, desde esta perspectiva, encuentra un límite insoslayable<sup>16</sup>.

Pero la aludida intangibilidad también se proyecta frente a eventuales actos de terceros, evitando que los mismos pudieran afectar al contenido del convenio y, en suma, garantizando su aplicación en sus propios términos<sup>17</sup>. A efectos ilustrativos, esta doctrina ha tenido aplicación frente pretensiones, a la postre, frustradas, tales como la de un montepío que trataba de hacer valer una modificación estatutaria contraria al régimen de una mejora voluntaria prevista en convenio<sup>18</sup>. La misma solución se ha alcanzado en los casos en que una póliza discrepaba de la cláusula convencional que determinaba el alcance de la cobertura de una mejora voluntaria, donde, de forma taxativa, se concluye que “el asegurador responderá de lo establecido en el Convenio como si no existiese desajuste alguno entre él y la póliza redactada después”<sup>19</sup>. O, finalmente, en

<sup>13</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/1990 (TL-22/1991).

<sup>14</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378) que aplica, a tales efectos, la doctrina jurisprudencial sobre la materia, contenida, entre otras, en la STS de 12/03/1996 (RJ 1996/2351).

<sup>15</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).

<sup>16</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991).

<sup>17</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2002 (EDJ 2002/13617).

<sup>18</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993).

<sup>19</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 31/10/2002 (AS 2003/524).

aquellos otros en los que, trayendo a colación la doctrina jurisprudencial al respecto<sup>20</sup>, se establece sin ambages que la determinación del hecho causante de las mejoras voluntarias corresponde al convenio colectivo, siendo esta fecha la que debe tenerse en cuenta a efecto de determinar la póliza aplicable<sup>21</sup>. Conviene matizar, no obstante, que este especial énfasis con el que se caracteriza la fuerza vinculante del convenio colectivo no se aplica de igual modo cuando estamos ante otros productos convencionales. Así, y al margen de la problemática suscitada al respecto en torno al convenio de eficacia limitada, resulta ilustrativo que, en el caso del acuerdo interprofesional<sup>22</sup>, se señale que en ningún caso su fuerza vinculante es comparable con la del convenio “rígido imperativamente normativo”<sup>23</sup>, destacándose, por lo general, su carácter orientador y la flexibilidad de los objetivos fijados en el mismo.

### 3.2. La génesis contractual del convenio y su proyección jurídica

Sin perjuicio de la indiscutible eficacia normativa del convenio, especialmente verificable en el plano aplicativo, no puede hacerse abstracción de las peculiaridades inherentes a su proceso de creación jurídica y, sobre todo, al hecho de tratarse en esencia del fruto de un acuerdo de voluntades que responden a intereses contrapuestos. De ahí que, tradicionalmente, se haya hecho hincapié, y así se constata en la propia doctrina del TSJA, en este carácter híbrido que se predica de la naturaleza del convenio (“cuerpo de contrato y alma de ley”, según la conocida y afortunada definición de Carne-lutti), concretada en el hecho de que “en su forma de elaboración es un contrato y en su eficacia jurídica una norma”<sup>24</sup>. Esta lógica contractual immanente al convenio, a pesar de que no altere la calificación jurídica del convenio como norma ni ponga en entredicho la eficacia (normativa) que, como tal, despliega en el plano de los efectos, debe encontrar su justa proyección a la hora de valorar y determinar en la *praxis* judicial el alcance de los diferentes aspectos que configuran su régimen jurídico.

<sup>20</sup> Contenida, entre otras, en las SSTS de 20/04/1994 (RJ 1994/3265) y de 23/06/1995 (RJ 1995/5219).

<sup>21</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 14/11/2002 (AS 2003/950) que, en parecidos términos, aplica la solución ya contemplada por la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>22</sup> Una caracterización jurídica de esta figura, en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371).

<sup>23</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 01/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>24</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

### 3.2.1. *La interpretación del contenido del convenio: determinación de los cánones hermenéuticos aplicables*

Entre otros aspectos concernidos, hay que aludir, además, a la problemática relativa a la determinación de cuáles han de ser los cánones hermenéuticos más apropiados para resolver las dudas que surgen habitualmente a la hora de precisar el alcance y significado del contenido de aquellas cláusulas convencionales cuya redacción resulta confusa o poco clara. A tenor de los pronunciamientos recaídos al respecto, parece que, en principio, se apuesta claramente por aquéllos que son propios de las normas jurídicas, lo que se cohonesto con la indiscutible naturaleza normativa de los convenios colectivos (estatutarios). Por tanto, aplicando las previsiones al efecto contempladas en el art. 3.1 C.c., ante una cláusula convencional controvertida habrá que atenerse prioritariamente al sentido propio o literal de sus palabras<sup>25</sup>.

Ello no obstante, nos encontramos con sentencias que, quizá sobrevalorando el rasgo constitutivo de producto negociado que indiscutiblemente está presente en el momento de la génesis convencional, apuestan claramente por aplicar los cánones hermenéuticos previstos para los contratos, remitiéndose en consecuencia a lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Con base en ello, se argumenta que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de su cláusulas”<sup>26</sup>.

De forma más matizada, sin embargo, destacan aquellos otros pronunciamientos que inciden en el carácter mixto, híbrido o “ambivalente” de los convenios colectivos. Como consecuencia directa de ello, “en la labor interpretativa de los mismos deben tenerse en cuenta tanto las reglas prevenidas en el art. 3 como las establecidas en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil”<sup>27</sup>, lo que en la práctica supone apostar de forma prioritaria por una interpretación literal y sistemática<sup>28</sup>, siempre sin perder de vista el principio, estrictamente iuslaboralista, de que, en caso de duda, ‘pro operario’<sup>29</sup>.

De este modo, teniendo en cuenta su doble naturaleza, lo habitual en la praxis judicial es aplicar conjunta y combinadamente los cánones hermenéu-

<sup>25</sup> En este sentido se postulan la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/11/1991 (TL-24/1992), la STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993) y la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>26</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413). En parecidos términos, STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/06 (EDJ 2006/447371).

<sup>27</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

<sup>28</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342)

<sup>29</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

tivos propios de las normas (art. 3 C.c.) y de los contratos (art. 1281 ss. Cc.)<sup>30</sup>, ratificando, por lo demás, la doctrina jurisprudencial que, de forma generalizada, se ha ido consolidando al respecto desde un primer momento<sup>31</sup>. En cualquier caso, y al margen del alcance teórico del debate, hay que las reglas de interpretación literal y sistemática son similares para las normas y para los contratos, ya que, respectivamente, se hace alusión, tanto al “sentido literal de sus palabras” (art. 3 C.c.), como al “sentido literal de sus cláusulas” (art. 1281 C.c.); y, en ambos casos, “en relación con su contexto” (art. 3 C.c.), o, lo que para el caso es lo mismo, “las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas” (art. 1285 C.c.).

En definitiva, en ambos casos, de lo que se trata es “de indagar el sentido que en derecho corresponde a una voluntad declarada”, si bien, en el caso de la norma, sólo desde una perspectiva teleológica y, en el caso del contrato, introduciendo un claro matiz de subjetividad, pues se requiere la búsqueda de la “concreta intención de las partes”<sup>32</sup>. Por lo demás, resulta obvio que se enfatice en la interpretación sistemática, cuyo alcance aplicativo tiene una importancia especial al constituir el convenio “un todo orgánico e indivisible”<sup>33</sup>, de modo que sus distintas partes forman “un entramado unitario”<sup>34</sup> difícilmente escindible. En suma, es lo que se ha venido a denominar “cánon hermenéutico de la totalidad”<sup>35</sup>, cuyo objetivo no es otro que evitar la ruptura del llamado equilibrio interno del convenio.

### 3.2.2. *El convenio como contrato: el respeto al equilibrio interno del convenio*

Especial interés tiene, desde esta perspectiva centrada en su génesis contractual, la aplicación de la teoría del llamado equilibrio interno del convenio, fundada, precisamente, sobre la concepción del convenio como fruto de una delicada composición de intereses que no sería posible alterar mediante una eventual aplicación fragmentada del mismo que pudiera afectar a su consideración como un todo indivisible. En esta línea, la doctrina del TSJA no se aparta un ápice de la consolidada jurisprudencia del TS sobre la materia, de la que se hace eco sin apenas introducir matizaciones de relevancia. Consecuentemente, una vez aceptada la naturaleza normativa del convenio colectivo, en

<sup>30</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>31</sup> En este sentido, v., entre otras, la STS de 14/07/1987 (RJ 1987/5373).

<sup>32</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>33</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>34</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>35</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

especial, proyectada sobre el plano de sus efectos, se pone de manifiesto que, con todo, “no cabe ignorar, sin embargo, el origen contractual del convenio y que éste, como por ello se explica, manifiesta un complicado equilibrio entre posturas que atienden intereses opuestos; de ahí que sea necesario su consideración unitaria, pues es el convenio en su conjunto el que refleja dicho equilibrio, el cual puede ceder mediante la anulación referida sólo a alguna de sus cláusulas, teniendo en cuenta que su eventual eliminación pondría en entredicho la reciprocidad de intereses que ha logrado compaginar”<sup>36</sup>.

El alcance de esta doctrina se pone especialmente de manifiesto, tanto a la hora de vedar el recurso al llamado “espiguelo”, en los supuestos donde es preciso determinar la regulación colectiva aplicable, como para cuestionar la aplicación de las cláusulas subsistentes tras una declaración de nulidad parcial del convenio, pues, en ambos casos, se “pondría en entredicho la reciprocidad de intereses que ha logrado compaginar”<sup>37</sup>. En definitiva, ello viene a reflejar el carácter transaccional inmanente al convenio, “donde cada cláusula es una especie de ‘do ut des’ que hace interdependientes a todas hasta el punto de deber entenderse que los negociadores no hubieran consentido las unas sin las aceptación de las otras”<sup>38</sup>, lo cual es especialmente relevante en relación con determinadas materias, como es el caso de los salarios<sup>39</sup>. Por todo ello, no cabe olvidar que “el convenio colectivo constituye una unidad cuyo entramado debe mantenerse en su integridad”<sup>40</sup>.

### 3.2.3. *El alcance del papel atribuido a las Comisiones Paritarias*

Del mismo modo, un aspecto vinculado a este carácter de norma negociada, que hace del convenio el resultado coyuntural de una confluencia de intereses, es la atribución a la Comisión Paritaria de la facultad de intervenir preceptivamente en la solución de conflictos colectivos de trabajo, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>41</sup>, según reiterada doctrina constitucional<sup>42</sup>. En cualquier caso, siendo un órgano genuinamente conven-

<sup>36</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), que, de forma literal, se hace eco de la doctrina contenida en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como el contenido entre otras, en las SSTs de 24/02/1992 y de 24/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>37</sup> STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>38</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992), que reproduce, a tales efectos, los términos de la STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>39</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>40</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993)

<sup>41</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1990 (TL-25/1992) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/01/1991 (TL- 23/1992).

<sup>42</sup> Así, entre otras, v. la STC 60/1989 (RTC 1898/60).

cional, pues es el convenio el que, además de crearlo, determina los distintos aspectos que configuran su régimen jurídico (composición, competencias, funcionamiento)<sup>43</sup>, es preciso que dicha función sea expresamente asignada en convenio, pues no cabe que se deduzca de su configuración genérica como órgano de interpretación y aplicación del convenio<sup>44</sup>.

Por otra parte, el TSJA se encarga de resolver alguna de las dudas interpretativas

que han ido surgiendo en la dinámica aplicativa de esta función habitualmente asignada a las Comisiones Paritarias. De este modo, se deja claro que, para que el trámite se entienda agotado, no bastaría con la mera formalización de la solicitud ante el órgano siguiendo el procedimiento previsto al efecto, sino que, obviamente, sería preciso esperar a que se dictase la correspondiente resolución<sup>45</sup>. Igualmente, en lo que se refiere al alcance de la mencionada atribución, y según establece la jurisprudencia dictada al respecto<sup>46</sup>, ha de quedar patente que no sería exigible cumplir con este trámite en aquellos supuestos en los que no se trate de la interpretación de una cláusula del propio convenio colectivo<sup>47</sup>.

En todo caso, se trata de una función de alcance limitado, al quedar circunscrita al ámbito aplicativo y sin que, en ningún caso, pueda suponer el desarrollo de una actividad en el plano de la creación jurídica. La doctrina del TSJA es inequívoca al respecto en el sentido de reafirmar la línea jurisprudencial<sup>48</sup>, según la cual las comisiones paritarias no pueden efectuar modificaciones en el contenido del convenio (labor que sólo compete, en su caso, a la comisión negociadora), ni asignar *motu proprio* valor normativo a los acuerdos adoptados en su seno<sup>49</sup>. De ello se derivan consecuencias en el plano procesal, pues la eventual impugnación de tales acuerdos no podría encauzarse por la vía del art. 161 LPL (reservado, como se sabe, a la impugnación de convenios), sino por la, más genérica, del proceso de conflictos colectivos (arts. 151 ss. LPL).

### 3.3. Contractualismo vs normatividad en el convenio colectivo

Hay que subrayar, no obstante, que a pesar de que las señaladas constituyen consecuencias que se derivan de la génesis contractual del convenio, nunca han

<sup>43</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

<sup>44</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342), que viene de este modo a ratificar una doctrina ya consolidada y contenida, entre otras, en la STS de 08/11/1994 (RJ 1994/8600).

<sup>45</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/07/2007 (AS 2008/521).

<sup>46</sup> Ratifica la doctrina contenida en la STS de 17/02/1997 (RJ 1997/1440).

<sup>47</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>48</sup> Contenida, entre otras, en la STS de 31/10/2005 (RJ 2006/1305).

<sup>49</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

de proyectarse sobre el plano de la eficacia jurídica del mismo ni, por tanto, poner en cuestión su vinculabilidad (fuerza vinculante o eficacia normativa). En definitiva, cualquier pretensión de extraer consecuencias jurídicas desde esta perspectiva ha de quedar circunscrita al momento de su creación y su eventual renovación, en la medida en que es fruto de una confluencia de intereses opuestos que discurre en el procedimiento de negociación. Pero una vez elaborado el convenio, despliega plenamente los típicos efectos normativos (imperativo o inderogable, automático y sustitutivo) y, como no puede ser de otra manera, sus destinatarios quedan vinculados a su contenido del mismo modo que al de cualquier otra norma jurídica. Por todo ello, no sería factible que una de las partes del convenio decidiera inaplicar una cláusula por el mero hecho de considerarla contraria a la legalidad, sin haber instado el preceptivo proceso de impugnación del convenio<sup>50</sup>. E, igualmente, en esta justa minusvaloración del carácter contractual del convenio que, en esencia, supone su reconducción a los aspectos vinculados al proceso de creación o revisión del mismo, podemos situar el rechazo generalizado que encontramos en la doctrina del TSJA, a la utilización de mecanismos dirigidos a socavar su intangibilidad. Es lo que ocurre en relación con la eventual aplicación de la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*”, “cuyo ámbito natural de eficacia es el de las obligaciones y contratos, pero no el de las normas, naturaleza que ostenta el convenio”<sup>51</sup>.

En claro contraste con lo anterior, sin embargo, nos encontramos con algunas sentencias cuyo contenido no está en correspondencia con la naturaleza normativa atribuida al convenio. Antes al contrario, y aunque no se haga de una forma explícita, se sienta una doctrina en relación con determinados aspectos que, en esencia, supone un cuestionamiento de su propio valor jurídico como fuente de regulación de las relaciones laborales. Es lo que ocurre, señaladamente, con el alcance del principio “*iura novit curia*” aplicado al convenio, problema que se suscita a la hora de decidir si debe o no aportarse a juicio. La propia existencia de este debate supone, en si misma, un cierto cuestionamiento de la naturaleza normativa del convenio. En efecto, al tratarse de una norma jurídica publicada en el correspondiente boletín oficial por mandato legal (ex art. 90.3 ET) no debería plantearse duda alguna sobre la aplicación sin matices del mencionado principio y, consecuentemente, la exigencia de que se aportara a juicio una copia de un determinado convenio colectivo como *conditio sine que non* para su aplicabilidad supondría una clara contravención del art. 24 CE.

<sup>50</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992).

<sup>51</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1998 (AS 1998/3839) y STSJ Andalucía (Málaga) de 09/06/2005 (AS 2005/3601).



Como se sabe, la doctrina jurisprudencial emanada al respecto<sup>52</sup> no ha llegado a estos extremos, pues la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en estos casos queda condicionada a la concurrencia de una serie de circunstancias, como que la publicación del convenio se haya producido, al menos, en un diario oficial autonómico, que la parte haya proporcionado suficientes datos para identificar la norma, y que la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial de correspondiente diario oficial. En estos supuestos, la naturaleza normativa del convenio despliega toda su eficacia, de modo que no sería admisible “denegar su aplicación por el solo hecho de que no se aportase copia al proceso”<sup>53</sup>, ya que “garantizada la publicidad de la norma y su general conocimiento a través de su inserción en el «Diario Oficial», no puede el órgano judicial equiparar a la norma -y sin duda el Convenio lo es en nuestro ordenamiento- con un hecho, y subordinar su aplicación a la prueba de su existencia. Ello supone una denegación arbitraria de la justicia pedida, deviniendo la resolución en que así se concluye una mera apariencia de justicia”<sup>54</sup>.

Sin desdeñar la importancia de la doctrina transcrita, de la que es destacable su coherencia argumental con la naturaleza normativa del convenio, si parece cuestionable que la aplicabilidad de la misma quede condicionada a la concurrencia de los requisitos señalados. Y es que, en la medida en que dicha naturaleza es predicable de todo convenio colectivo, sea del ámbito que sea (la ley no efectúa ninguna distinción al respecto) y, por tanto, con independencia del diario oficial en el que corresponda su publicación, no se justifica que la plena efectividad del principio “iura novit curia” quede reservada sólo a convenios de un determinado nivel. Por otro lado, lo mismo cabe de decir respecto de la exigencia relativa a la necesaria correspondencia entre la competencia del órgano judicial y el ámbito de difusión del diario oficial, exigencia que, en todo punto, hay que considerarla injustificada a tenor de la facilidad de acceso a la información que en la actualidad proporciona el uso de las nuevas tecnologías, máxime tratándose de una publicación de carácter oficial. En consecuencia, bastaría con la mera identificación de la norma por la parte que la alegara para el aludido principio surtiera plenos efectos.

No es ésta, sin embargo, la línea de tendencia que se observa en la doctrina del TSJA. Antes al contrario, como parece acreditarse en las resoluciones judi-

<sup>52</sup> Es destacable especialmente la STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151), cuya doctrina ha tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia ordinaria, principalmente, en las SSTs de 20/11/2000 (RJ 2001/1423), de 29/10/2002 (RJ 2003/462), de 27/04/2004 (RJ 2004/3663) y de 17/09/2004 (RJ 2004/7123).

<sup>53</sup> STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151).

<sup>54</sup> STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151).

ciales acaecidas en la materia<sup>55</sup>, se exige de forma rigurosa la aportación a juicio del convenio, es decir, como si se tratase de un mero dato fáctico. La incoherencia implícita a este tipo de resoluciones se acentúa en aquéllos casos, nada infrecuentes, en los que se llega a esta conclusión partiendo del reconocimiento del carácter normativo del convenio<sup>56</sup>.

### **3.4. La problemática (e irresuelta) caracterización jurídica del convenio colectivo de eficacia limitada**

La doctrina del TSJA en torno a la naturaleza jurídica y eficacia del convenio de eficacia limitada o extraestatutario es fiel reflejo, por lo general, del grado de incertidumbre y confusión que se percibe en los ensayos constructivos realizados al respecto por parte de la jurisprudencia. En todo caso, la asunción acrítica de los principales postulados de esta doctrina, que son objeto de sistemática reiteración, no elude las insalvables contradicciones en las que aquella incurre y, desde luego, hacen necesario proceder a una reformulación de la misma más acorde con nuestro modelo constitucional de negociación colectiva y, en última instancia, más coherente con la función reguladora del convenio.

Un análisis de la aludida doctrina pone de manifiesto que, como punto de partida argumental, no se suele plantear duda alguna sobre el fundamento constitucional y la consecuente viabilidad jurídica de este tipo de negociación extraestatutaria. De este modo, se afirma de forma taxativa que “el derecho a la negociación colectiva que consagra el artículo 37.1 de la Constitución posibilita no sólo la conclusión de convenios colectivos con arreglo al modelo fijado en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y eficacia ‘erga omnes’, sino también de otros pactos sin las formalidades estatutarias y que limitan su observancia a los firmantes”<sup>57</sup>, por lo que, en ningún caso, puede calificarse su conclusión como fraudulenta por el mero hecho de que, inicialmente, se pretendiera negociar un convenio estatutario<sup>58</sup>.

Sentado lo anterior, sin embargo, parece imponerse una necesidad imperiosa de degradar jurídicamente al convenio negociado al margen de las prescripciones estatutarias, llegando hasta el punto de extraer una serie de consideraciones jurídicas acerca de su naturaleza (contractual) y eficacia (obligacional) que, a la postre, entran en clamorosa contradicción con el fundamento consti-

<sup>55</sup> V., entre otras, la STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803) y la STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909).

<sup>56</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909).

<sup>57</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995).

<sup>58</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

tucional reconocido. De este modo, nos encontramos con elocuentes afirmaciones al respecto, tales como aquellas que señalan que estamos ante “un pacto o decisión extraestatutario, no cabiendo olvidar que, si bien este tipo de actos encuentra cobertura en la esfera de la autonomía de la libertad que reconoce el art. 37.1 de la Constitución”<sup>59</sup>, se encuentran, no obstante, “situados en plano de menor relieve que la derivada del convenio colectivo y han de respetar las normas legales de derecho necesario”<sup>60</sup>. Como se puede apreciar se trata de una argumentación confusa y equívoca (el respeto a las normas legales de derecho necesario no es, obviamente algo privativo de los convenios extraestatutarios, sino aplicable a todo tipo de convenio), cuya finalidad última, sin embargo, no es otra que establecer una caracterización jurídica diferenciada, de menor nivel, que la elaborada en torno al convenio estatutario.

Esta caracterización del convenio de eficacia limitada como producto convencional “degradado” jurídicamente por no cumplir con alguno de los requisitos estatutarios (señaladamente, las reglas de legitimación) es una constante en la doctrina judicial<sup>61</sup>. Por ello, a pesar de que en algún pronunciamiento judicial, más matizado, parecía apostarse por el reconocimiento de su eficacia normativa<sup>62</sup>, lo habitual es partir de su calificación como “mero contrato”<sup>63</sup> y justificar así su eficacia limitada a los representados por los firmantes. Aunque, en el fondo, el proceso argumental es justamente el inverso, pues es la indiscutible (e indiscutida) eficacia limitada del convenio extraestatutario la que se erige en presupuesto de su calificación jurídica como contrato.

En el fondo, como puede apreciarse, la raíz del equívoco está en la confusión entre eficacia personal y eficacia jurídica, lo que se traduce en el clásico (y erróneo) correlato, eficacia general-normativa *vs.* eficacia limitada-contratual, del que reiteradamente se hacen eco la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia<sup>64</sup>. De este modo, se llega a afirmar que “los convenios estatutarios (...) constituyen convenios ‘de eficacia general’ o *erga omnes* porque alcanzan fuerza normativa”<sup>65</sup>, de tal manera que “la eficacia normativa de estos convenios es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico”<sup>66</sup>. Por el contrario, “los pactos extraestatutarios no son fuente de derechos sino de obligaciones, en tanto que situados en plano de

<sup>59</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741).

<sup>60</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741).

<sup>61</sup> De forma explícita, v. STSJ Andalucía (Granada) de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>62</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995).

<sup>63</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/445464).

<sup>64</sup> Así, entre otras, v. la STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>65</sup> STSJ (Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044).

<sup>66</sup> STSJ (Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044).

menor relieve que la derivada del Convenio Colectivo”<sup>67</sup>, de modo que, enfatizando en la mencionada degradación, no tienen eficacia normativa, sino meramente “convencional”<sup>68</sup>. En otras ocasiones, sin embargo, la argumentación es claramente incongruente, pues, por un lado se reafirma su naturaleza contractual y su consecuente (aunque a veces no suficientemente explicitada) eficacia obligacional, pero, al mismo tiempo, se sitúa en la misma posición, dentro del sistema de fuentes, que al convenio colectivo estatutario, es decir, supeditado a la ley y respetando las disposiciones legales de derecho necesario<sup>69</sup>.

Es preciso, por tanto, insistir en la necesidad de superar la mencionada confusión entre ambos planos, pues el hecho de que el convenio de eficacia limitada sólo vincule a los representados por los firmantes (eficacia personal limitada) no tiene porqué poner en cuestión el modo en el que quedan vinculadas (eficacia jurídica) las relaciones laborales sometidas a su ámbito de aplicación. Y esta fuerza vinculante, que ha de considerarse equivalente a eficacia normativa, no difiere en uno y otro tipo de convenio, pues, en ambos casos, estamos ante productos que, aun con diferente alcance, encuentran su fundamento común en el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, sólo así se avanzaría en la delimitación tipológica de los diferentes resultados a los que puede conducir la actividad negociadora de los sujetos colectivos que, como parece incontestable en la actualidad, no se limita a las dos categorías de convencionales aludidas, sino que también puede dar lugar a acuerdos de diferente índole. Una prueba de la necesidad de alcanzar logros constructivos en esta materia, la encontramos en aquella línea doctrinal que tiende a calificar como “convenio colectivo extraestatutario” a todo producto convencional que no se ajuste a las previsiones del Título III del ET, y ello a pesar de que se trate de figuras que, como el acuerdo de empresa, han sido objeto del correspondiente referendo legal<sup>70</sup>. Una vez efectuada esta calificación, y al estar reservada la eficacia normativa al convenio estatutario, el acuerdo de empresa sólo puede desplegar una eficacia contractual. Pero al no negar el fundamento constitucional del acuerdo de empresa, se hace partícipe a éste de la “fuerza vinculante” que, de este modo, queda equiparada a eficacia contractual.

Se asume así cierta doctrina jurisprudencial, según la cual, “el puesto que le corresponde a estos pactos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de

<sup>67</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24/09/2002 (EDJ 2002/62717).

<sup>68</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>69</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>70</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual”<sup>71</sup>(sic). Al aplicarla al caso concreto, la consecuencia de esta línea argumental no puede ser otra que considerar que “un pacto de eficacia limitada a una empresa no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual...en aplicación del artículo 3.1.c del ET”<sup>72</sup>.

Consecuentemente, se trata de un proceso argumental que aboca en la “desdiferenciación” (valga la expresión) entre contrato individual, convenio de eficacia limitada y acuerdo de empresa, negando la autonomía tipológica de cada una de estas figuras y, por tanto, haciendo difícil la resolución de los problemas aplicativos que eventualmente surjan en la práctica. Por otra parte, si lo que se pretende es evitar que un convenio estatutario pueda ver afectada su intangibilidad por una norma convencional (un acuerdo de empresa o un convenio de eficacia limitada) de carácter peyorativo, bastaría con recurrir al principio aplicativo (norma más favorable) contemplado en el art. 3.3 ET, especialmente concebido para estos supuestos. De este modo no sería necesario degradar el acuerdo de empresa a la condición de mero contrato (para aplicar así el art. 3.1.c ET), como hace la sentencia comentada.

En definitiva, y a pesar de las contradicciones insalvables que ello provoca, el recurso al contractualismo parece que continúa siendo inevitable en la doctrina judicial a la hora de buscar respuestas ante los problemas planteados por los productos de la negociación colectiva que no han sido objeto de una especial atención legislativa. Esta tendencia, que encuentra su colofón con la aplicación las reglas civilistas para integrar las lagunas legales del derecho convencional (cuando lo lógico sería aplicar, a modo de *ius commune* convencional, las reglas del Título III ET que no estén estrictamente vinculadas al convenio de eficacia general), es una constante histórica que no parece encontrar vías para su definitiva superación. Parece como si el Derecho del Trabajo, como disciplina autónoma, careciera de la consistencia dogmática suficiente y sólo quedase la alternativa del recurso a las consolidadas instituciones civilistas, aunque ello suponga hacer abstracción de los diferentes principios, valores y fines de una y otra rama del ordenamiento jurídico y que, a la postre, constituyen el fundamento de su autonomía.

En cualquier caso, y al margen de las razones inherentes a este tipo de opciones metodológicas, conviene recordar que, desde un primer momento, las

<sup>71</sup> STS de 20/11/2003 (RJ 2004/29).

<sup>72</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

tesis contractualistas manifestaron sus insuficiencias para fundar la vinculabilidad del convenio. Ello se debe, principalmente, al hecho de que si aceptamos que el convenio es un contrato sólo cabe que despliegue eficacia obligacional que, como se sabe, queda circunscrita a los firmantes. Si se pretende que su contenido vincule a los contratos individuales de trabajo sometidos a su ámbito de aplicación sería preciso recurrir a técnicas civilistas como la representación o entender que su clausulado queda incorporado a cada uno de aquéllos. Pero la propia necesidad de recurrir a estos mecanismos es el principal argumento para negar la “fuerza vinculante” que, en esencia, presupone una vinculabilidad que se ejerce “desde fuera” y que se concreta en el despliegue de los típicos efectos que se anudan a una norma: imperativo, automático y sustitutivo.

Finalmente, frente a la habitual aseveración relativa a la aplicabilidad a los convenios de eficacia limitada (e, incluso, a los acuerdos de empresa) de las reglas civiles sobre obligaciones y contratos, habría que concluir que, quizá, lo más adecuado sería concebir que es el Título III de Estatuto, y no el Código Civil, el derecho común convencional al que debería acudir a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a los mismos. Se evitaría de este modo los problemas que se derivan de la no exigibilidad a éstos de requisitos y formalidades estatutarias (tales como la determinación de las partes, los ámbitos, etc.) que otorgarían unas mayores dosis de seguridad jurídica en la aplicación de este tipo de convenios, una vez que su viabilidad jurídica ha quedado indiscutida. De ahí que haya que superar la doctrina plasmada en alguna sentencia, según la cual, “por consecuencia de la separación estanca que existe entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, y entre la regulación de unos y otros, no es aplicable a estos últimos ninguna de las disposiciones que establece el Título III del Estatuto de los Trabajadores, ni precisan por consiguiente de la expresión de los requisitos que se dicen omitidos”<sup>73</sup>.

#### **4. EL CONTENIDO DEL CONVENIO: CARACTERIZACIÓN Y LÍMITES**

Al margen de los aspectos relativos a la caracterización de los diferentes tipos de cláusulas que integran el convenio, es particularmente interesante la doctrina del TSJA en torno a los límites del contenido del convenio. Dicha doctrina aparece recogida en un amplio y variado elenco de sentencias que, partiendo de su posición en el sistema de fuentes y de la función normativa encomendada a la negociación colectiva (“espacio vital”), trata de buscar equi-

<sup>73</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

librios entre ambos parámetros. De este modo, se matiza el rigor de una aplicación demasiado estricta del principio de jerarquía que, a la postre, pudiera hacer tabla rasa de la rica y compleja interacción que se establece entre ley y convenio como principales fuentes de ordenación de las relaciones laborales. Lo mismo sucede cuando los límites vienen impuestos por el necesario respeto a los derechos fundamentales que, ello no obstante, deben aplicarse de forma modulada.

Desde ambas perspectivas, hay que tener en cuenta que, la respuesta del ordenamiento jurídico frente a las eventuales extralimitaciones que se verifiquen en el contenido convencional se ha de efectuar sobre la base de los principios aplicativos que rigen la relación entre las diferentes fuentes del derecho. Es decir, se trata de operaciones jurídicas que se sitúan en el plano aplicativo y que, en ningún caso, pueden trasladarse al ámbito de la creación jurídica, donde la aplicación de tales principios podría provocar importantes distorsiones. De forma señalada, la subordinación jerárquica del convenio a la ley que se establece en el plano aplicativo no es extrapolable al plano creativo, donde las relaciones entre ley y convenio no deben asimilarse a las que existe entre norma delegante y norma delegada, como señala una importante doctrina jurisprudencial<sup>74</sup> que, no obstante, ha sufrido cierta revisión recientemente con ocasión de los pronunciamientos recaídos en torno a la jubilación forzosa.

Es preciso, por tanto, efectuar un análisis de la mencionada doctrina diferenciando las limitaciones al contenido convencional que, respectivamente, proyecta la supeditación jerárquica del convenio a la CE y a la ley.

#### **4.1. Los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites al contenido convencional: especial referencia al principio de igualdad**

Un buen número de resoluciones judiciales tienen por objeto determinar, de manera más o menos matizada, el contorno de las limitaciones que impone al contenido del convenio el necesario respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Sin duda, al margen de las que se refieren a algunos supuestos especialmente controvertidos, como los relativos a la calificación de una cláusula como antisindical<sup>75</sup>, la gran mayoría de ellas están vinculadas a la problemática específica que plantea la observancia del principio de igualdad y

<sup>74</sup> Contenida, entre otras, en la STC 58/85 y en la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381). Doctrina de la que se ha hecho eco, por ejemplo, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>75</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 09/02/2005 (AS 2007/1672).

no discriminación (art. 14 CE) en su dimensión laboral (art. 4.2.c y 17 ET), que se proyecta en cuestiones como las exclusiones del ámbito personal del convenio, las dobles escalas salariales o las cláusulas de jubilación forzosa.

#### 4.1.1. *Las exclusiones injustificadas del ámbito de aplicación personal del convenio*

Como se sabe, el parámetro para medir el ajuste de las diferencias de trato que, en su caso, se incorporen al contenido convencional a las exigencias impuestas por el respeto al principio de igualdad y no discriminación es el de su justificación objetiva y razonable. El sometimiento a este test de las cláusulas de los convenios que establecen exclusiones de determinados colectivos de trabajadores, a la hora de acotar sus respectivos ámbitos de aplicación personal, ha ido aquilatando paulatinamente una doctrina judicial que, con alguna que otra matización, puede entenderse bastante consolidada.

A tenor de dicha doctrina, y partiendo de la base de que es preciso respetar el margen de libertad que se les reconoce a las partes del convenio a tales efectos (art. 83.1 ET), lo que “implica que, en cada convenio colectivo concreto, las partes son libres para determinar cuáles y quiénes son los trabajadores afectados por el mismo”<sup>76</sup>, se van a entender legítimas las exclusiones de determinados colectivos que, por sus propias características, gozan de un estatuto propio, como es el caso del personal directivo<sup>77</sup>. El carácter objetivo del criterio y la existencia de diferencias cualitativas entre este colectivo y el resto de los trabajadores serían elementos suficientes para superar los parámetros jurisprudencialmente establecidos y, en consecuencia, para considerar justificada esta diversidad de tratamiento que supone la exclusión practicada del ámbito personal del convenio.

En otros supuestos, sin embargo, las exclusiones no superan el mencionado test y, en consecuencia, al suponer diferencias de trato que carecen de una justificación objetiva y razonable, van a sufrir el inevitable reproche de contravenir el mandato constitucional impuesto por el principio de igualdad<sup>78</sup>. Un caso paradigmático al respecto, por el número de resoluciones de que ha sido objeto, ha sido el relativo a la exclusión de trabajadores temporales del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía. Ciertamente, la exclusión se practicaba por considerar que se trataba de “personal temporero eventual para labores agrícolas”, es decir, un colectivo

<sup>76</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527), que aplica la doctrina jurisprudencial acuñada al respecto contenida, entre otras, en la STS de 23/06/1994 (RJ 1994/5470).

<sup>77</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

<sup>78</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/12/1992 (TL 26/1993).



con singularidades específicas que le hacen merecedor de un estatuto propio y diverso al ámbito de aplicación personal del mencionado convenio. La cuestión que se planteaba, sin embargo, es decidir si los trabajadores afectados eran o no susceptibles de ser calificados como temporeros agrícolas y, por tanto, de ser incluidos en dicho colectivo. Según el TSJA la marginalidad de las tareas agrícolas realizadas en el contexto de las funciones encomendadas a estos trabajadores (principalmente vinculadas a la investigación) constituye un argumento suficiente para desdeñar la posibilidad de que sean caracterizados como temporeros agrícolas. Consecuentemente, y en la medida en que la mera temporalidad no es un criterio suficiente para justificar una diversidad de tratamiento<sup>79</sup>, la exclusión de estos trabajadores del ámbito de aplicación del convenio se va a considerar una vulneración del principio de igualdad<sup>80</sup>.

#### 4.1.2. *La discriminaciones retributivas establecidas en convenio: especial referencia a las “dobles escalas salariales”*

En el caso de las discriminaciones retributivas y, concretamente, en los supuestos de las prácticas convencionales conocidas consistentes en el establecimiento de las llamadas dobles escalas salariales, encontramos, sin embargo, una mayor laxitud en la doctrina del TSJA. Ciertamente, existen pronunciamientos donde las diferencias de tratamiento retributivo están fundadas en criterios objetivos y razonables y, por ello, superan el correspondiente test de constitucionalidad, como ocurre en los supuestos donde existe un elemento distintivo de suficiente entidad vinculado con el contenido cualitativo o cuantitativo de la prestación laboral<sup>81</sup>, o se trata de compensar la pérdida de algún derecho anteriormente atribuido<sup>82</sup>.

En otros casos, sin embargo, se pone de manifiesto una aplicación inadecuada de la doctrina jurisprudencial acuñada sobre la materia, como queda constatado por el elevado número de sentencias que posteriormente han sido objeto de casación<sup>83</sup>. La mayoría de estos supuestos están relacionados con el

<sup>79</sup> Como establece una reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las SSTS de 06/07/2000 (RJ 2000/6294); de 03/10/2000 (RJ 2000/8659) y 07/10/2002 (RJ 2002/10912).

<sup>80</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/02/2007 (AS 2007\1581), que reitera la doctrina establecido por otros pronunciamientos anteriores, entre otros, los contenidos en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 07/02/2005 (CARL 433/2005) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 1065/2005), objeto de ratificación, respectivamente, en la STS de 09/10/2006 ((RJ 2006/8860) y en la STS de 11/10/2006 (RJ 2006/7168).

<sup>81</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413).

<sup>82</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 25/10/2007 (AS 2008/992).

<sup>83</sup> En este sentido, v. SSTS de 12/11/2002 (RJ 2003/1026), de 10/12/2003 (RJ 2004/1783), de 20/04/2005 (RJ 2005/5401), de 21/12/2007 (RJ 2008/2771), de 17/07/2008 (JUR 2008/313648), de 22/01/2008 y de 20/02/2008 (RJ 2008/1461).

reconocimiento o la aplicación de complementos salariales por antigüedad que, de forma más o menos velada, aparecen vinculados a criterios que se entienden inadmisibles desde la perspectiva del mencionado test de constitucionalidad, como puede ser la fecha de ingreso en la empresa<sup>84</sup>, sin que el ardid técnico de denominar a los complementos de modo diferente (“antigüedad” y “vinculación”) puede servir para neutralizar el reproche jurídico que merecen este tipo de prácticas. Del mismo modo, tampoco sería admisible a tales efectos su hipotética consideración en estos casos como una condición más beneficiosa, pues “no se trata de un derecho ya consolidado, sino del reconocimiento de un trato más favorable en el futuro, sin que exista una razón objetiva que justifique el que no se reconozca a quienes están en la misma situación, salvo en lo relativo a la fecha de ingreso”<sup>85</sup>.

En cualquier caso, fruto del inevitable relativismo en el que se mueve la jurisprudencia del TS, que se hace patente tanto en ésta como en otras materias, nos encontramos con que, cuando los pronunciamientos del TSJA son coherentes con la doctrina expuesta y, consecuentemente, anulan cláusulas convencionales por configurar el devengo del complemento de antigüedad en términos discriminatorios, es aquél órgano jurisdiccional el que se aparta de su anterior doctrina<sup>86</sup> y acaba declarando justificadas las diferencias de trato establecidas al respecto<sup>87</sup>.

#### 4.1.3. *Las cláusulas de jubilación forzosa y el principio de igualdad*

El largo e inacabado debate sobre la necesidad de retrasar la edad de jubilación, aunque ubicado en el contexto de las medidas de política del derecho dirigidas a salvaguardar nuestro sistema de pensiones, ha encontrado proyección jurídica en el ámbito de la discriminación por edad. Desde esta perspectiva, y aunque se trataba de una cuestión jurídicamente resuelta por la jurisprudencia constitucional y ordinaria emanada desde la década de los ochenta, la polémica se ha reabierto de nuevo tras la derogación de la D.A. 10ª ET por la

<sup>84</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 01/03/2006 (AS 2006/1084), STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2006 (CARL 2970/2006) (casada por STS de 22/01/2008), STSJ Andalucía (Granada) de 04/10/2006 (CARL 3065/2006) (casada por STS de 20/02/2008, RJ 2008/1461), SSTSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2556 y AS 2008/2667). Son varias las sentencias de esta misma fecha que resuelven recursos sobre la misma cláusula convencional, el art. 9 del CC de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería, que son sucesivamente casadas por el TS en el sentido expresado; v., por todas, la STS de 17/07/2008 (RJ 2008/6568).

<sup>85</sup> STS de 20/02/2008 (RJ 2008/1461).

<sup>86</sup> Contenida, entre otras, en la STS de 20/02/2008 (2008/1461) y ratificada de nuevo, posteriormente, en la STS de 17/07/2008 (RJ 2008/6568).

<sup>87</sup> STS de 15/06/2008 (RJ 2008/4228).

Ley 12/2001, especialmente, en lo que se refiere a las repercusiones de la misma sobre la viabilidad jurídica de tales cláusulas. Las divergentes posiciones doctrinales y judiciales al respecto tuvieron su colofón en el pronunciamiento del TS<sup>88</sup>, contrario a dicha viabilidad, y su epílogo, en la posterior reforma legislativa que, recogiendo la posición de los agentes sociales, se tradujo en la reinstauración técnicamente mejorada de la norma estatutaria derogada. Este vaivén normativo ha provocado un sinnúmero de sentencias que, en su conjunto, ponen de manifiesto el grado de inseguridad jurídica que se ha generado en torno a esta materia (incrementada por las situaciones de derecho transitorio planteadas) y, en definitiva, la confluencia de intereses en juego y la diversidad de argumentos traídos a colación, no todos del mismo alcance y rigor, para defender las respectivas posiciones. Especialmente llamativo al respecto es comprobar cómo el proceso argumental, por lo general, suele sobredimensionar el interés individual en detrimento de los intereses colectivos en presencia<sup>89</sup>, lo que proporciona una visión sesgada de la jubilación forzosa, en cuya configuración jurídica estos últimos adquieren una notable relevancia. En este sentido, es preciso traer de nuevo a colación la doctrina del TC sobre la materia<sup>90</sup>, reafirmada recientemente<sup>91</sup>, según la cual, se concluye de forma tajante que “este mecanismo de la jubilación forzosa no carece de una justificación legítima desde el punto de vista constitucional, ya que se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo, y como tal, supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores (los que alcanzan la edad de 65 años) para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo (respecto de los que se pretende disminuir la tasa de desempleo, fomentar la contratación indefinida y disminuir la tasa de temporalidad)”<sup>92</sup>.

En cualquier caso, uno de los aspectos más interesantes del mencionado debate es que pone de relieve la diversidad de concepciones que subyacen en torno a la función reguladora del convenio y su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-laboral, especialmente, en lo que se refiere a su relación con la ley. Sin ánimo de reproducir este complejo e intrincado debate<sup>93</sup>, un repaso a la doctrina del TSJA al respecto, como no podía ser de

<sup>88</sup> Contenido, como se sabe, en las dos SSTs de 09/03/2004 (RJ 2004/873 y 2008/874), que resuelven de manera idéntica sendos recursos en los que se ponía en cuestión extinciones contractuales llevadas a cabo al amparo del art. 136 del II Convenio Colectivo de AENA, por el que se establecía la jubilación forzosa a los 65 años.

<sup>89</sup> Ilustrativa al respecto, es la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>90</sup> Plasmada, principalmente, en las SSTC 22/1981, de 2 de julio y 58/1985, de 30 de abril.

<sup>91</sup> Concretamente, en las SSTC 280/2006, de 9 de octubre y 346/2006, de 11 de diciembre.

<sup>92</sup> STC 341/2006, de 11 de diciembre.

<sup>93</sup> Me remito, a tales efectos, a mi trabajo “La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo”, REDT-126/05, pp. 47 ss.

otra manera, constituye un fiel reflejo de la situación descrita. De este modo, partiendo del carácter habilitante asignado a intervención del legislador, no existe duda alguna sobre la viabilidad jurídica de las extinciones contractuales por jubilación forzosa practicadas antes de la derogación de la D.A. 10ª ET y después de su “reestablecimiento” por la Ley 14/2005<sup>94</sup>. Ello se debe al hecho de que la existencia de habilitación legal neutraliza una eventual discriminación por edad que, de otro modo, sería inevitable. De este modo, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida al respecto, “en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el art. 4.2 y 17.1 ET”<sup>95</sup>. Como consecuencia de ello, los convenios suscritos con posterioridad, al carecer de dicha habilitación legal, no podrían incorporar tales cláusulas. Si lo hacen, cualquier extinción contractual llevada a efecto por la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa sería injustificada.

Sin embargo, a la hora de determinar el alcance de dicha afirmación, no se llegan a asumir todas las consecuencias de la misma, lo cual provoca que el discurso incurra en cierta contradicción. Así, y siguiendo la línea argumental establecida por el TS, se señala que, a pesar del mencionado carácter habilitante asignado a la norma estatutaria, su derogación, sin embargo, no supone “la eliminación inmediata de las cláusulas de jubilación forzosa ya existentes en los convenios, sino que se establece una prohibición, bien de pactar tales cláusulas en el futuro, bien de mantener las existentes en las futuras revisiones o renovaciones de los convenios, una vez agotada la vigencia temporal de los mismos”<sup>96</sup>. Parece evidente que si se parte del presupuesto de que la ley tiene un carácter habilitante, la consecuencia no puede ser otra que la jubilación forzosa “fue prohibida por la Ley 12/2001, que derogó esta Disposición Adicional”<sup>97</sup>. En esta hipótesis, el correlato lógico, según la doctrina constitucional establecida al efecto<sup>98</sup>, es la inmediatez de los efectos que se derivan de la mencionada prohibición, sin que quepa postergar los mismos a que termine la vigencia de los convenios afectados sobre la base de una eventual ruptura del equilibrio interno de los mismos que, en su caso, sólo tendría como consecuencia facultar a las partes negociadoras para plantear la correspondiente denuncia “ante tempus” del convenio e instar su renegociación.

Estos problemas de derecho transitorio encuentran una nueva dimensión tras la promulgación de la Ley 14/2005, principalmente, en lo que se refiere a

<sup>94</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138)

<sup>95</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007/3505).

<sup>96</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>97</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138).

<sup>98</sup> Por todas, v. STC 210/1990, de 20 de diciembre.

la determinación del alcance aplicativo de la D.T.U. de la misma, según la cual, “las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”. Por tanto, esta disposición matiza el alcance de la derogación de la D.A. 10ª ET sobre los convenios posteriores que, a pesar de la hipotética prohibición establecida, incorporaron cláusulas de jubilación forzosa. Tales convenios, susceptibles de adolecer de nulidad parcial por contravenir la mencionada prohibición, van a ser, sin embargo, objeto de convalidación, con el único condicionante de que, por un lado, queden salvaguardados los intereses prestacionales del trabajador afectado por la extinción contractual<sup>99</sup>, y por otro, se cubra la plaza dejada vacante por el jubilado<sup>100</sup>. En definitiva, como puede apreciarse, el hecho de que se siguieran negociando cláusulas de jubilación forzosa después de la derogación de la norma estatutaria “habilitante” y que, posteriormente, la ley que restablece la mencionada habilitación las acabe convalidando mediante su aplicación retroactiva<sup>101</sup>, no sólo relativiza el alcance de la prohibición, sino que, en realidad, la pone en cuestión, y ello, sin perjuicio del carácter decisivo del pronunciamiento legal al respecto en aras de dilucidar la polémica creada en la *praxis* judicial y la elevada dosis de inseguridad jurídica que se había generado.

Sin embargo, aún quedaba un problema pendiente de resolver en la práctica: qué solución se ha de aplicar a los procesos planteados con anterioridad a esta Ley 14/2005, pero pendientes de resolución, una vez que, en buena lógica, la D.T.U. de la misma, aclara que no son susceptibles de resultar afectadas “las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza” antes de su entrada en vigor. Atendiendo a la doctrina establecida en unificación<sup>102</sup>, plenamente asumida por el TSJA<sup>103</sup>, la normativa aplicable en estos casos ha de ser la exis-

<sup>99</sup> Sobre el cumplimiento de estos requisitos, v. STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505).

<sup>100</sup> En relación con este requisito, a veces se constata un indudable rigor aplicativo, pues se ha llegado a considerar despido improcedente un supuesto en el que la plaza vacante no fue cubierta (STS de 02/06/2008 (RJ 2008/5135)).

<sup>101</sup> Según la STS de 29/06/2006 (RJ 2006/7957), esta ley “restablece aquella habilitación, anteriormente contenida en la Disposición Adicional 10ª y derogada en 2001, dado su carácter retroactivo extensible a ‘todos los convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley’”.

<sup>102</sup> En este sentido, por todas, v. SSTS de 10/10/2005 (RJ 2005/8320) y de 13/10/2005 (RJ 2005/7879).

<sup>103</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505).

tente en el momento en que se generó la situación de litispendencia, pues, de lo contrario (es decir, de aplicar la norma nueva), quedaría modificado el objeto del proceso y, consecuentemente, se provocaría la indefensión de las partes (ex art. 24.1 CE).

#### 4.2. Los límites legales al contenido del convenio

Como hemos apuntado con anterioridad, cuando se señala que entre ley y convenio no existe relación de subordinación, sino de complementariedad<sup>104</sup>, en realidad, el discurso argumental se está situando en planos diversos. La negación de la subordinación<sup>105</sup> es predicable en el plano creativo, donde constitutivamente el convenio es autónomo respecto de la ley y no un producto delegado de ésta. Pero en el plano aplicativo, la supeditación jerárquica del convenio a la ley es indiscutible, sin perjuicio de que la misma aparezca matizada por el elenco de relaciones de colaboración internormativa que se establecen entre ambas fuentes y que, de forma reduccionista, aparecen reconducidas en la mencionada doctrina a la aludida complementariedad. Además de ésta, sin embargo, tales relaciones pueden ser de diferente tipología, en función del papel que la ley atribuya al convenio en la ordenación de una determinada materia (suplementariedad, supletoriedad o exclusión).

Pero, en cualquier caso, y a pesar de que el contenido convencional “sólo cede cuando normas de ‘ius cogens’ imponen su contenido sobre la paccionada”<sup>106</sup>, en el fondo, esta serie de fórmulas de colaboración internormativa, al ser diseñadas por la propia ley, no contradicen el principio de jerarquía sino que lo reafirman. No en vano, el espacio de regulación asignado al convenio en la ordenación de una determinada materia será el que, en cada caso, disponga la norma legal a la hora de seleccionar el tipo de fórmula a utilizar. En definitiva, el principio de jerarquía constituye un presupuesto insoslayable en el análisis de las relaciones entre ley y convenio y, en última instancia, encuentra su fundamento en la inserción de éste en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-laboral<sup>107</sup>.

##### 4.2.1. Los límites al convenio en la relación de complementariedad

La doctrina del TSJA sobre la materia es el resultado de esta labor de aequilibramiento sobre los equilibrios que se establecen, en cada caso, entre la

<sup>104</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), asumiendo al respecto la doctrina de la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>105</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413).

<sup>106</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803).

<sup>107</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), que reproduce la doctrina contenida en las SSTC 58/1985 y 210/1990.

función normativa asignada respectivamente a la ley y al convenio. De este modo, cuando se establecen relaciones de complementariedad, asentadas como se sabe sobre los principios de norma mínima (la ley) y norma más favorable (el convenio), se enfatiza en el alcance atribuido a los mismos en el ordenamiento laboral y que, en última instancia, se concreta en la aplicación preferente de la norma convencional, lo que se entiende como una forma de matizar el rigor del principio de jerarquía normativa<sup>108</sup>. Pero, como hemos señalado, en realidad, en este tipo de relación, el convenio no se aplica como resultado de un juicio de favorabilidad (realizado *ex art. 3.3 ET*)<sup>109</sup>, que quedaría reservado para su aplicación entre normas de igual rango jerárquico, sino porque la ley, de forma tácita o expresa, lo permite.

Se trata, en suma, de una relación clásica entre ley y convenio que, por efecto del papel atribuido tradicionalmente a éste en el ordenamiento laboral, se entiende implícitamente establecida en todos aquellos supuestos en los que no es establezca de forma explícita otro tipo de relación. De ahí que, según una arraigada doctrina jurisprudencial señale que “la norma paccionada debe prevalecer sobre la estatal en cuanto no viola normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral, ni perjudica mínimos de derecho necesario”<sup>110</sup>. Ello ha propiciado su aplicación en supuestos de sucesión de empresas, al entender que el régimen legal se configura como un mínimo de derecho necesario mejorable por convenio<sup>111</sup>; o para establecer una distribución flexible de la jornada, siempre que el convenio se someta a los márgenes fijados por la ley<sup>112</sup>. Y, a la inversa, ha supuesto la anulación de las cláusulas convencionales en aquellos casos en los que se establecían regulaciones peyorativas que transgredían los mínimos legales, como ocurre cuando no se observan los mínimos legales en materia de determinación o retribución de las horas extraordinarias<sup>113</sup>, sin que sea factible desconocer el mínimo legal sobre la base de la libertad de negociación<sup>114</sup>; o, en aquellos otros, donde la ley

<sup>108</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/07 (EDJ 2007/363229), STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2008 y STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578).

<sup>109</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).

<sup>110</sup> STS de 04/05/1994, doctrina asumida sin fisuras por la STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/07 (EDJ 2007/363229).

<sup>111</sup> Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578) y

<sup>112</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/2001 (EDJ 2001/55839).

<sup>113</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2973), STSJ Andalucía (Málaga) de 09/02/2006 (AS 2006\2278), STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005\3490) y STSJ Andalucía (Málaga) de 23/06/2006 (AS 2006\755).

<sup>114</sup> Es el argumento empleado, sin embargo, por la STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1990 (TL-25/92). En parecidos términos, STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005/3490).

excluye una intervención convencional que flexibilice el régimen legal, como es el caso de la reglas sobre la duración de la contratación temporal<sup>115</sup>. En estos supuestos, el principio de jerarquía se manifiesta en su plena dimensión e impone la incontestable superioridad de la norma legal.

Mayores dudas se suscitan, sin embargo, cuando la preferencia aplicativa del convenio no se basa en su mayor favorabilidad sino que es consecuencia de la eventual aplicación del principio de especialidad, máxime si el resultado de esta operación es dejar sin efecto una norma procedimental establecida legalmente para llevar a efecto modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo<sup>116</sup>. De esta forma, no deja de ser llamativo concluir que “si el art. 43 del Convenio establece una norma específica en cuanto al procedimiento para modificar determinadas condiciones de trabajo en el seno de la empresa, ella debe prevalecer sobre la norma genérica del ET, so pena de vaciar de contenido el pacto colectivo, haciendo ilusoria su fuerza de obligar”<sup>117</sup>. Aparte de la naturaleza de los argumentos esgrimidos, parece que sería difícilmente asumible pretender la aplicación preferente del convenio sobre el principio de especialidad, pues se hace abstracción del carácter consustancialmente imperativo de las reglas procedimentales, frente a las cuales, ni siquiera podría oponerse una eventual aplicación implícita del principio de favor.

En materia de despidos, y a pesar de tratarse de aspectos poco susceptibles a la intervención convencional, se va a permitir, sin embargo, que el convenio determine los supuestos de aplicación de la opción del trabajador en caso de improcedencia. En efecto, parece una materia (no la del régimen del despido en su conjunto, que permite, como se sabe, mejoras vía convencional en aspectos como la concreción de las causas de incumplimiento o los requisitos formales) en la que la intervención del convenio podría considerarse inapropiada, pues los efectos del despido, además de las previsiones sustantivas contenidas en el ET, tienen notables implicaciones de índole procesal, como lo prueba su regulación en la norma rituarial. Ello no obstante, la doctrina judicial recaída al respecto, no sólo va a permitir que el convenio modifique el régimen estatutario previsto en el art. 56 ET<sup>118</sup>, sino también que determine el alcance específico de dicha modificación, pudiéndola reservar a un determinado grupo de trabajadores, como, por ejemplo, a los que tengan la condición de fijos<sup>119</sup>, lo cual plantea

<sup>115</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 01/12/2004 (EDJ 2004/293600). A favor de esta posibilidad, sin embargo, STSJ Andalucía (Málaga) de 03/07/2006 (AS 2006/3379).

<sup>116</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>117</sup> STSJ Andalucía de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>118</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 9/03/2006 (AS 2006/2756 y, en el mismo sentido, STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 200/3505).

<sup>119</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 04/01/1996 (TL-39/1996).



importantes dudas desde la perspectiva del principio de igualdad, pues sería una diferencia de trato poco justificable.

#### 4.2.2. *La flexibilidad legal en la relación de complementariedad*

Como se sabe, la configuración legal de una relación de complementariedad en la ordenación de una determinada materia presupone la intervención conjunta de ley y convenio en el diseño del régimen jurídico de la misma. En consecuencia, la ley no contiene una regulación acabada y directamente aplicable, sino que efectúa una invitación al convenio (a través de la técnica de la remisión o el reenvío) para que sea esta fuente la que establezca dicha regulación siguiendo las directrices, más o menos definidas, marcadas por la ley. En definitiva, el peso de la ordenación de las materias afectadas recae esencialmente en el convenio, lo que otorga un mayor grado de diversificación y flexibilidad a la regulación de las relaciones laborales. Por ello, en la reforma estatutaria del año 1994, de claro matiz flexibilizador, se incrementaron notablemente las materias en las que se establecía este tipo de colaboración internormativa, en claro detrimento de las relaciones de suplementariedad, con la consecuente desaparición de los mínimos de regulación que éstas garantizaban.

Teniendo en cuenta que la relación de complementariedad presupone una intervención del convenio como *conditio sine qua non* para la existencia de un referente normativo susceptible de aplicación práctica, el problema se plantea cuando dicha intervención, siendo contingente, no se produce. En tales casos, la exigibilidad de los derechos legalmente reconocidos se ve frustrada por la falta de desarrollo convencional de las condiciones de ejercicio del mismo. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los derechos vinculados a la promoción y formación profesional (art. 23 ET), los ascensos (art. 24 ET), la promoción económica (art. 25 ET) o, más recientemente, el disfrute del derecho a la adaptación de la jornada a las exigencias planteadas por la conciliación de la vida personal o familiar (art. 34.8 ET).

Esta problemática encuentra proyección en la *praxis* judicial, donde, a título ilustrativo, no es infrecuente la denegación del complemento de antigüedad con el argumento de que, a tenor de lo dispuesto en el art. 25.1 ET, sólo se tiene derecho al cobro del mismo cuando venga reconocido en convenio o en contrato individual<sup>120</sup>. La regulación convencional, cuando exista, será, por tanto, el referente obligado a la hora de determinar las condiciones de ejercicio del derecho<sup>121</sup> que, en todo caso, debe observar los límites impuestos por el

<sup>120</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 31/01/2007 (AS 2007\3365).

<sup>121</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 11/05/2006 (AS 2006\3437).

principio de igualdad, con la consiguiente proscripción de las diferencias de trato no justificadas, como es el caso de que eventualmente podría realizarse entre trabajadores fijos y temporales<sup>122</sup>.

Este protagonismo de la norma convencional en las relaciones de complementariedad, especialmente relevante en materia salarial, donde la ley efectúa un reenvío a aquélla en términos casi omnicomprensivos, no supone, sin embargo, que su preferencia aplicativa se asiente sobre la base del principio de norma más favorable<sup>123</sup>. Y es que, aparte de la discutible aplicación de este principio (que se encuentra plasmación, como se sabe, en el art. 3.3 ET) a las relaciones ley/convenio, regidas por el principio de jerarquía, en la relación de complementariedad no es posible desarrollar una operación hermenéutica dirigida a determinar lo más favorable, sencillamente, porque la ley no establece una regulación acabada, es decir, susceptible de aplicación autónoma, necesitando siempre la concurrencia de la norma convencional.

#### 4.3. La distinción entre contenido normativo y obligatorio

La diferenciación en el convenio de un contenido normativo que se define por oposición a otro que se califica como obligatorio supone, en esencia, una diversificación de las funciones reguladoras del convenio, pero no prejuzga ni pone en cuestión su naturaleza normativa. En otras palabras, la fuerza vinculante se predica, con el mismo significado y alcance, a todo el contenido del convenio, sin perjuicio de que los derechos y obligaciones establecidos en cada caso cumplan una función específica y de que sus destinatarios puedan ser diversos. A la hora de establecer los criterios determinantes para calificar las diferentes cláusulas convencionales como normativas u obligacionales, el TSJA suele asumir sin matices la doctrina jurisprudencial al respecto, aplicando la misma a los supuestos sometidos a su enjuiciamiento que, en la mayoría de los casos, aparecen vinculados directamente a la problemática relativa a la vigencia prorrogada (ultraactividad) del contenido normativo del convenio. De este modo, a tenor de la misma, “por contenido obligatorio hay que entender que está constituido por las obligaciones y compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas como pueden ser las cláusulas de paz, los compromisos tendentes a evitar o solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones “ad hoc”<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 07/06/2006 (EDJ 2006/45182).

<sup>123</sup> En este sentido, sin embargo, v. STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>124</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/01 (EDJ 2001/45368), con cita expresa de la STS de 21/12/1994.

Con todo, en la medida en que la aplicación es este criterio general puede plantear serias dudas en algunos supuestos<sup>125</sup>, es preciso recurrir a otros que puedan proporcionar pautas fiables, especialmente, cuando se trata de cláusulas que incorporan nuevos contenidos convencionales<sup>126</sup>. Quizá el más relevante a tales efectos venga dado por la naturaleza de los destinatarios del convenio, de modo que, ante la duda, habría que “entender que las normativas se proyectan sobre los trabajadores y los empresarios incluidos en su campo y las obligaciones vinculan a los firmantes que las suscribieron”<sup>127</sup>. Aplicando tales criterios, se acabará calificando como normativa, por ejemplo, una cláusula convencional que establece una mejora voluntaria, permitiendo así que la aplicación de su régimen jurídico a contingencias acaecidas después de la denuncia del convenio. Y, asimismo, cabría descartar la aplicación de una cláusula convencional a quién no haya sido parte de la negociación<sup>128</sup>.

## 5. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS

Como se sabe, los conflictos aplicativos entre normas convencionales (convenios de eficacia general o limitada, acuerdos de empresa, acuerdos interprofesionales) abarcan una amplia tipología de supuestos, en la medida en que las hipótesis que pueden plantearse son diversas, como lo son también los criterios que se establecen para su solución. Estamos, pues, ante una materia compleja respecto de la que las soluciones jurisprudenciales que se han ido acuñando no han sido siempre satisfactorias. Acotando el alcance de esta problemática, y situados en el estricto ámbito de la negociación estatutaria, los problemas aplicativos suelen reconducirse a la regla de la prohibición de concurrencia del art. 84 ET, y ello sin perjuicio la conflictividad que subyace en otros supuestos, como la determinación del convenio aplicable en los supuestos de sucesión de empresas<sup>129</sup> o en aquéllos en los que existen dudas al respecto derivadas de una difusa delimitación de determinados ámbitos funcionales (trabajo de minusválidos<sup>130</sup>, empresas de multiservicios<sup>131</sup>). En estos supuestos,

<sup>125</sup> A título ilustrativo, v. STSJ Andalucía (Granada) de 10/07/2001 (EDJ 2001/45375).

<sup>126</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 22/02/2006 (EDJ 2006/445281).

<sup>127</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/01 (EDJ 2001/45368), reproduciendo la doctrina contenida en la STS de 28/02/97.

<sup>128</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>129</sup> Sobre esta cuestión, v. STSJ Andalucía (Granada) de 11/06/01 (EDJ 2001/55846), STSJ Andalucía (Málaga) de 16/06/2005 (AS 2005\3450), STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2007 (AS 2007\1248), STSJ Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007\3520).

<sup>130</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/07/2007.

<sup>131</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/03/2007 (AS 2007\3392).

conviene reseñar que el margen de actuación de la autonomía colectiva a la hora de buscar soluciones satisfactorias es superior que el establecido en el art. 84 ET, donde, como se sabe, el actual diseño, en contraste con el anterior, prioriza las soluciones heterónomas frente a las autónomas. Ilustrativa al respecto resulta la doctrina del TSJA en los casos de subrogación empresarial, en la que se parte de la base de que el principio de continuidad de la relación de trabajo establecido en el art. 44 ET “no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, puesto que ello supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores”<sup>132</sup>. Consecuentemente, hay que propiciar que pueda optarse, en su caso, por la sustitución por la entrada en vigor de otro convenio colectivo que resulte aplicable<sup>133</sup>, decisión que, en el caso en cuestión se articula mediante un acuerdo de empresa por el que se decide el abandono del convenio de empresa, aplicable por estar en situación de ultraactividad, lo que permite la inmediata entrada en vigor del convenio de sector<sup>134</sup>.

Dejando al margen estos últimos supuestos (no desdeñables en términos cuantitativos), y centrándonos en la cuestión relativa al alcance de la regla general de prohibición de concurrencia contemplada en el primer párrafo del art. 84 ET, el TSJA asume plenamente la consolidada doctrina jurisprudencial sobre los diferentes aspectos que, a lo largo de su praxis aplicativa, se han ido planteando. De este modo, en lo que se refiere a la propia finalidad de la regla, se señala que “la existencia de un previo convenio no limita la libertad negociadora de las partes, que pueden concertar una nueva norma paccionada, incluso en ámbito diferente al primitivamente pactado”, ya que “el espíritu de la norma no es otro que el de impedir la aplicación simultánea total o parcial de dos convenios vigentes a una única relación jurídico-laboral”<sup>135</sup>.

Como no puede ser de otra manera, esta finalidad se proyecta sobre el plano de los efectos aplicativos de la norma y, consecuentemente, “el efecto derivado de la prohibición de concurrencia de convenios no debe ser la nulidad del convenio invasor (en el caso de autos, el Estatal), sino la declaración de su inaplicación y ello en atención a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por otro anterior, estableciendo una regla de solución de conflictos que otorga preferencia aplicativa al Convenio anterior

<sup>132</sup> STSJ (Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007/3520).

<sup>133</sup> Ratifica la doctrina contenida en la STJCE de 12/11/1992 (TJCE 1992/184), as. Watson Rask.

<sup>134</sup> STSJ (Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007/3520).

<sup>135</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-23/1992).

(en este caso el de empresa) y así la situación del Convenio que pudiera llamarse invasor no es otra que la de ineficacia aplicativa<sup>136</sup>.

Desde el punto de vista procedimental, y dando por sentado, según reiterada e inequívoca doctrina jurisprudencial, que las reclamaciones en la materia se sustanciaran por el cauce del proceso especial de impugnación de convenios, conviene subrayar que unos de los aspectos más controvertidos es, sin duda, la determinación del momento en el que se entiende que decae la prohibición de concurrencia. En efecto, si como establece la regla, la misma rige únicamente durante la vigencia del convenio susceptible de afectación, se trataría de saber en qué momento o bajo qué circunstancias, durante el proceso de renegociación del convenio se entiende que se ha producido la “ruptura de la unidad de negociación”<sup>137</sup> que, en su caso, propicie la aplicación del convenio afectante. Como punto de partida, hay que señalar que “la congelación o bloqueo del ámbito de negociación ex art. 84 ET no puede impedir la entrada de nuevos ámbitos negociadores ya que, de lo contrario, este hecho supondría una petrificación en el proceso de negociación”<sup>138</sup>. Consecuentemente, cuando se denuncia un convenio y se estanca el proceso de negociación, cabe la apertura de negociaciones para un nuevo convenio de distinto ámbito que, en su caso, será de aplicación al ámbito que había sido acotado por el anterior. Conviene precisar, sin embargo, que la negociación del convenio afectante y su eventual conclusión no tiene que esperar hasta ese momento, pudiendo haberse producido anteriormente, pues éste es precisamente el presupuesto de la concurrencia (es decir, la existencia de dos convenios simultáneamente vigentes de distinto ámbito que inciden sobre unas mismas relaciones laborales).

En este sentido, quizá, habría que entender la correcta aplicación de la doctrina, según la cual, la prohibición de concurrencia no abarcaría la ultractividad, pues ello “supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes”<sup>139</sup>. Es suma, sólo interpretando prohibición de concurrencia como prohibición de negociación del convenio afectante podría llegarse a tal conclusión, pues de lo contrario (es decir, entendiendo que durante la ultractividad decae la vigencia del convenio a efectos de poder aplicar en ese mismo momento el convenio afectante), no sería posible la apertura de ningún proceso de renegociación, ante la amenaza inminente de que ello supondría la eventual ocupación del ámbito acotado por el convenio en cuestión una vez denunciado.

<sup>136</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 08/03/07 (EDJ 2007/253989).

<sup>137</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>138</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>139</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371) que, a su vez, aplica la solución establecida por las SSTs de 20/01/1992 (RJ 1992/52) y de 23/10/1995 (RJ 1995/7864).

Por lo demás, no se aprecian diferencias sustanciales en el modo en el que se interpretan el conjunto de reglas contenidas en el art. 84 ET, ni tampoco en lo que se refiere con la problemática relación que, tras la reforma practicada por la Ley 11/1994, se establece con las reglas de articulación convencional (complementariedad y suplementariedad<sup>140</sup>, entre otras) que, eventualmente, puedan establecerse mediante la negociación colectiva (*ex art.* 83.2 ET), apostando por la interpretación limitativa de estas últimas que mantiene la doctrina dominante<sup>141</sup>, y ello, a pesar del serio recorte que la misma proyecta sobre la función constitucionalmente asignada a la autonomía colectiva en la ordenación de las relaciones laborales.

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TSJA

- STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990)
- STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/1990 (TL-22/1991)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/01/1991 (TL- 23/1992)
- STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/11/1991 (TL-24/1992)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1991 (TL-25/1992)
- STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 01/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/11/1992 (TL-28/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/12/1992 (TL 26/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995)
- STSJ Andalucía (Granada) de 04/01/1996 (TL-39/1996)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).
- STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803)
- STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698)
- STSJ Andalucía (Granada) de 11/06/2001 (EDJ 2001/55846)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/2001 (EDJ 2001/55839)
- STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/2001 (EDJ 2001/45368)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/07/2001 (EDJ 2001/45375)

<sup>140</sup> Supuesto analizado por la STSJ Andalucía (Granada) de 10/06/1998 /EDJ 1998/22786).

<sup>141</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/06 (EDJ 2006/447371).

- STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2002 (EDJ 2002/13617)
- STSJ Andalucía (Granada) de 24/09/2002 (EDJ 2002/62717)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 31/10/2002 (AS 2003/524)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 14/11/2002 (AS 2003/950)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 07/02/2003 (AS 2003/2361)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371)
- STSJ Andalucía (Granada) de 09/11/2004 (CARL 3337/2004)
- STSJ Andalucía (Granada) de 01/12/2004 (EDJ 2004/293600)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 07/02/2005 (AS.)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/02/2006 (AS 2006\2278)
- STSJ Andalucía (Granada) de 09/02/2005 (AS 2007/1672)
- STSJ Andalucía (Granada) de 01/03/2006 (AS 2006/1084)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2973)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 433/2005)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 1065/2005)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/06/2005 (AS 2005/3601)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 16/06/2005 (AS 2005\3450)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005/3490)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2006 (AS 2006/2952)
- STSJ Andalucía (Granada) de 22/02/2006 (EDJ 2006/445281)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2756)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/445464)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/2006 (EDJ 2006/447371)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 23/06/2006 (AS 2006\755)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 03/07/2006 (AS 2006\3379)
- STSJ Andalucía (Granada) de 04/10/2006 (CARL 3065/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/2006 ((RJ 2006/8860)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2006 (CARL 2970/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/11/2006 (CARL 3655/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2007 (AS 2007/1248)
- STSJ Andalucía (Granada) de 31/01/2007 (AS 2007\3365)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1584)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586)
- STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/02/2007 (AS 2007\1581)

- STSJ Andalucía (Granada) de 08/03/2007 (EDJ 2007/253989)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 08/05/2007 (AS 2007/3216)
- STSJ Andalucía (Granada) de 14/03/2007 (AS 2007\3392)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007\3520)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413)
- STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/06/2007 (AS 2008\158)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/07/2007 (AS 2008/329)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/07/2007 (AS 2008/521)
- STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 25/10/2007 (AS 2008/992)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/10/2007 (AS 2008/1134)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2556)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2667)
- STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578)



# LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANDALUZA

INMACULADA MARÍN ALONSO

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Negociación Colectiva, Administración Pública

La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública andaluza debe analizarse, por un lado, a la luz de la normativa básica estatal establecida en el Estatuto Básico del Empleado Público, y, por otro lado, conforme a las competencias asumidas respecto de su personal por la Junta de Andalucía. El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía y las correspondientes leyes de desarrollo de las mencionadas normas, pendientes aún aprobación, son las encargadas de delimitar el concreto papel de la Comunidad Autónoma Andaluza en la fijación de la estructura negociadora en su ámbito territorial. La complejidad de su análisis deriva del hecho de que en la Administración Pública Andaluza también coexisten varios tipos de personal, funcionario y laboral y, como consecuencia de ello, diversos sistemas de negociación colectiva. Tal situación obliga a abordar el análisis de la estructura negociadora andaluza por separado en razón del concreto tipo de personal de la Administración Pública de que se trate, debiendo advertirse, además, que en el ámbito de la función pública andaluza la regulación legal y la convencional no caminan, en ocasiones, por el mismo sendero.

## ABSTRACT

**Key Words:** Collective Bargaining, Public Administration

The structure of collective bargaining in Public Administration must be analysed, on the one hand, in view of the basic State regulation established in the Basic Statute of Public Workers' Rights and, on the other, pursuant to the competences taken on by the Andalusian Regional Government with regard to its staff. The new Statute for the Andalusian Autonomy and corresponding laws developing these regulations, still pending adoption, limit the specific role played by the Autonomous Community in setting the bargaining structure within its territory. The complexity of this analysis derives from the fact that several types of staff and, hence, several collective bargaining systems coexist in the Andalusian Public Administration: civil servants and hired staff. This situation obliges a separate approach in the analysis of the Andalusian collective bargaining structure, depending on the specific type of staff within Public Administration; moreover, pointing out that in the sphere of public employment in Andalusia, legal and conventional regulation do not always follow the same path.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
  - 1.1. La dualidad de régimen jurídico
  - 1.2. La negociación colectiva como contenido básico del régimen jurídico de los funcionarios públicos
  - 1.3. El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía y la calificación como competencia «compartida» del régimen jurídico del personal al servicio de la Comunidad Autónoma Andaluza
    - 1.3.1. La competencia compartida respecto del personal funcionario y estatutario de la Comunidad Autónoma Andaluza
    - 1.3.2. La incorrecta atribución de competencia compartida respecto del personal laboral al servicio de la Administración Pública Andaluza
  - 1.4. Las competencias de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de negociación colectiva de sus empleados públicos
  - 1.5. El papel de las leyes autonómicas de Función Pública en materia de negociación colectiva
2. UNIDADES O ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN
  - 2.1. Panorama general de las Mesas de Negociación en el EBEP
  - 2.2. La inexistencia de mesa negociadora «interadministraciones» o común para todos los funcionarios públicos
  - 2.3. Relaciones entre las Mesas
3. LA DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL PERSONAL FUNCIONARIO
  - 3.1. La determinación legal
  - 3.2. La regulación convencional en la Mesa General de Negociación
4. LA DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL PERSONAL LABORAL

## 1. INTRODUCCIÓN

Es unánime la opinión de que la estructura de la negociación colectiva es una realidad social que se resiste a enmarcarse en una noción general o uniforme, adquiriendo la pretensión delimitadora de esta figura cotas insospechadas de complejidad cuando se trata de abordarla en el marco del sector público en general o bien, como es nuestro caso, en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza. A esta situación contribuyen varios factores, siendo especialmente relevantes, por un lado, que la negociación colectiva desarrollada en la Administración Pública se regula por distinta normativa en función del tipo de personal que le presta servicios, es decir, según se trate de personal funcionario o laboral y, por otro lado, que la negociación colectiva en la función pública constituye parte del contenido básico del régimen jurídico funcional que, en principio, lo convierte en competencia exclusiva del Estado.

### 1.1. La dualidad de régimen jurídico

Recordemos que, con carácter general, la dualidad normativa reguladora del personal al servicio de la Administración Pública (administrativa y contrac-

tual) ha generado, desde su instalación en la misma, problemas de diverso alcance y consideración en tanto, legalmente, el personal laboral y funcionario se rigen por reglas y criterios distintos e incluso, en ocasiones, contradictorios, sin que existan criterios de coordinación para resolver los posibles conflictos de aplicación<sup>1</sup>. No obstante, la cualidad pública del empleador ha venido modulando, con o sin expreso amparo normativo, la aplicación de la legislación laboral en la Administración Pública, a la vez que la legislación administrativa se ha impregnado de instituciones y valores del régimen jurídico laboral. La constatación de que el personal laboral se integra en una organización empresarial que predominantemente mantiene un régimen de empleo de naturaleza estatutaria bajo una dirección única y que, a la postre, desempeña los mismos puestos de trabajo que los funcionarios públicos ha motivado que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se regula el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP en adelante), haya compendiado en una sola norma los derechos y obligaciones del personal a su servicio, sin perjuicio de que, conforme a su art. 7, la legislación laboral y las normas convencionales aplicables también sean de aplicación al mismo. Esta norma, en definitiva, establece respecto del personal en régimen laboral una novedosa relación laboral de empleo público, aunque sin conceptualarla expresamente como relación laboral especial<sup>2</sup>.

En lo que respecta a la negociación colectiva, el art. 15 y el Capítulo IV del EBEP reconocen y regulan el derecho a la negociación colectiva de todos los empleados públicos, laborales o funcionarios. No obstante, el art. 32 EBEP advierte que “la negociación colectiva... de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que les son de aplicación”<sup>3</sup>. Obviamente, el amparo constitucional (art. 37.1 CE) y la regulación contenida en el Estatuto de los

<sup>1</sup> En lo referente al orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos entre la Administración Pública y su personal puede verse una de las mayores diferencias entre laborales y funcionarios al servicio de la Administración Pública. Un reciente pronunciamiento en relación a la diferente jurisdicción para conocer de la negociación colectiva de los empleados públicos puede verse en la STS (Sala de lo Social) de 21 de febrero de 2008 –RJ 2008/2599–.

<sup>2</sup> En el mismo sentido, De la Villa Gil, LE.: “El Estatuto Básico del Empleado Público”, Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril, RGDTSS nº 14, mayo 2007, iustel.com; De Sande Pérez-Bedmar, M.: “El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario al contenido en espera de su desarrollo”, RRLN nº 18, 2007, pág. 59; Marín Alonso, I.: “La relación laboral de empleo público”, RRLN 2009, en prensa.

<sup>3</sup> Los únicos preceptos aplicables al personal laboral en materia de negociación son, de momento, el art. 36, el art. 36 por remisión del anterior y el art. 38.8 EBEP referidos a la participación de este personal en las nuevas Mesas Generales de negociación junto con los funcionarios públicos y a la distinta eficacia del resultado de esa negociación conjunta en función del concreto personal al que es de aplicación. Sobre ello puede consultarse Marín Alonso, I.: “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP”, REDT 2009, en prensa.

Trabajadores permiten seguir manteniendo que la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad de las partes son características esenciales en la determinación de las condiciones de trabajo del personal laboral a su servicio, y ello pese a que este personal, en base a esos mismos principios, se haya venido amoldando desde su incorporación a la Administración Pública a las exigencias organizativas de ésta. El personal funcionario, por el contrario, a falta de un explícito reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva<sup>4</sup>, encuentra regulado este derecho, tras la derogación de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal de las Administraciones Públicas (LORAP, en adelante), en el Capítulo IV del EBEP. La configuración legal de este derecho para los

<sup>4</sup> Entre la doctrina existe un interesante debate sobre el fundamento constitucional o no del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. La doctrina laboral mayoritaria se inclina por entender inaplicable el art. 37.1 CE a los funcionarios públicos aunque lo incardina, sin embargo, en el art. 28.1 CE sobre libertad sindical. La doctrina jurisprudencial ordinaria de carácter mayoritario, sin embargo, niega el soporte constitucional al derecho de negociación colectiva, relegándolo al bloque de la legalidad ordinaria. Entre otras, véanse, las SSTs de 14 de julio de 1994 –RJ 6017–, de 4 de octubre de 1994 –RJ 7486–, de 1 de febrero de 1995 –RJ 1220–, de 19 de mayo de 1995 –RJ 4277–, de 30 de junio de 1995 –RJ 5167–; en otro sentido, las SSTC 80/2000, de 27 de marzo y 224/2000, de 2 de octubre, que consideran que la negociación colectiva forma parte de la libertad sindical de los sindicatos en la Administración Pública. En la doctrina científica puede verse a favor del reconocimiento en el art. 37.1 CE a Ortega Álvarez, L.: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983, págs. 324 y ss; Martínez Abascal, VA.: “Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española”, REDT n° 39, 1989, págs. 445 y ss; Maizal Jiménez, M.: *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Temas de Administración Local n° 37, Málaga, 1990; Carrera Ortiz, C.: “Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España”, REDT n° 39, 1989, pág. 263 y ss; y Marín Alonso, I.: *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario al servicio de la Administración Pública. Los Acuerdos Mixtos*, Comares, Granada, 1999; deducen el derecho de negociación de los funcionarios de la libertad sindical, entre otros, López Gandía, J.: “Las relaciones colectiva en el empleo público y la Constitución española”, RDP n° 83, 1981, págs. 403 y ss; Del Rey Guanter, S.: *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, INAP, Madrid, 1986, págs. 110 y ss; Blasco Esteve, A.: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, REDA n° 52, 1986, pág. 513; Roqueta Buj, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 32 y ss; Gómez Caballero, P.: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pág. 286; Valdés Dal Ré, F.: “Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación”, REDT n° 86, 1997, pág. 844; Martínez Gayoso, M<sup>º</sup>N.: *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Bilbao, 2002, págs. 91 y ss; Bengoetxea Alkorta, A.: *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch n° 168, Valencia, 2005, págs. 49 y ss; Folguera Crespo, JA.: “Las bases constitucionales del derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva”, AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, 2007, págs. 20 y ss.

funcionarios públicos determina, por tanto, las características del mismo, centradas hasta el momento en los principios de centralidad y verticalidad<sup>5</sup>.

Consecuentemente, la estructura de la negociación colectiva del personal al servicio de la Administración Pública también difiere según el tipo de personal afectado pues, para el personal funcionario, la ley del Estatuto Básico del Empleado Público fija rigurosamente las unidades o ámbitos de negociación colectiva a través de la delimitación de las mesas de negociación que se pueden constituir, mientras que para el personal laboral la regla general es, conforme al art. 83.1 del Estatuto de los Trabajadores, la libertad de configuración de las partes (“los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”). Esta diferencia es, sin embargo, poco efectiva en la práctica negociadora de las Administraciones Públicas pues la realidad muestra cómo la estructura negocial se ciñe, en todo caso, a las necesidades organizativas del empleador público común<sup>6</sup>.

Por otro lado, desde un punto de vista subjetivo, puede observarse que la dualidad de régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública también puede afectar, aunque sea indirectamente, a la estructura de la negociación colectiva de la misma<sup>7</sup>. Ello se observa cuando se produce una alteración en el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública, es decir, cuando por una opción de política legislativa o de gestión de los servicios públicos, se transforma o trasvasa el régimen jurídico de administrativo a laboral o viceversa. Esta circunstancia conlleva la inclusión o exclusión de determinado personal en el cuadro de Mesas de Negociación posible en la Administración Pública o, por el contrario, en el convenio colectivo aplicable, aunque ello no altere la configuración objetiva de dicha estructura.

<sup>5</sup> La configuración legal y no constitucional de este derecho se ha mantenido por el TC en algún pronunciamiento; no demasiado claro en la STC 57/1982 (FJ 6º) y con más contundencia en la STC 80/2000 (FJ 6º).

<sup>6</sup> Señala Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva en la Administración Andaluza”, AA.VV., La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza, IAAP, 2005, pág. 46, que concurren elementos de fuerte condicionamiento indirecto en la negociación colectiva del personal laboral que desemboca en una estructura de negociación colectiva más rígida de lo que en principio se pudiera pensar; una estructura teledirigida e impulsada por la propia estructura y configuración de la propia Administración Pública que aunque sea de forma imperceptible escapa a la capacidad de modelación que deseen acometer los propios interlocutores sociales...”.

<sup>7</sup> Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva en la Administración Andaluza”, AA.VV., La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza, IAAP, 2005, pág. 48.

## 1.2. La negociación colectiva como contenido básico del régimen jurídico de los funcionarios públicos

Con carácter general, la negociación colectiva forma parte del contenido básico del régimen jurídico funcional, correspondiendo su regulación al Estado (art. 149.1.18ª CE) con la consiguiente limitación de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas que, además, comparten con la autonomía local aspiraciones reguladoras en la configuración de las relaciones laborales y sindicales en su respectivo ámbito de actuación<sup>8</sup>.

Para el TC no cabe duda que “la determinación de los procedimientos en virtud de los cuales los funcionarios participen en la fijación de sus condiciones de trabajo, constituye una de las bases del régimen estatutario de los funcionarios, cuya regulación compete al Estado, según el art. 149.1.18 de la Constitución, tanto atendiendo a su propio contenido y función en dicho régimen como a la necesidad de garantizar en este punto una fundamental igualdad de todos los funcionarios en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales”<sup>9</sup>.

Ello significa que el papel de las Comunidades Autónomas en esta materia es subsidiario de la regulación estatal ya que, como señala el TC, una Comunidad Autónoma “no puede en ningún caso modificar o desarrollar las normas del Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos en lo que atañe al régimen sustantivo de las relaciones jurídicas funcionariales”<sup>10</sup>. No obstante, como también puntualiza el mismo tribunal, una Comunidad Autónoma sí podrá, “en cambio, utilizar instrumentos normativos propios para hacer posible el ejercicio de los derechos y obligaciones, deberes y facultades y, en general, de las situaciones jurídicas que aquél régimen sustantivo contempla, dentro de la estructura organizativa de su Administración”<sup>11</sup>.

La trascendencia de esta observación lleva, inevitablemente, a abordar la regulación estatal que se encuentra en el EBEP y cuya Disposición Final Segunda establece que “las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía en el marco de la Constitución”. Tal

<sup>8</sup> Establece el art. 95 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que “la participación de los funcionarios, a través de sus organizaciones sindicales, en la determinación de sus condiciones de empleo, será la establecida con carácter general para todas las Administraciones Públicas en el Estatuto Básico de la función pública”.

<sup>9</sup> STC 98/1985, FJ 17.

<sup>10</sup> STC 165/1986, FJ 7º.

<sup>11</sup> STC 165/1986, FJ 7º.

precepto obliga, en nuestro caso, a analizar el Estatuto de Autonomía de nuestra Comunidad Autónoma y la correspondiente Ley de función pública vigente. El objeto de esta incursión es, por tanto, delimitar las competencias de cada instancia normativa pero con la máxima de que el contenido del EBEP responde al intento de delimitar, con más o menos precisión, lo básico para que las demás Administraciones territoriales puedan configurar su propia política de personal.

### **1.3. El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía y la calificación como competencia «compartida» del régimen jurídico del personal al servicio de la Comunidad Autónoma Andaluza**

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA en adelante), señala que el régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral es una competencia «compartida» con el Estado (art. 47), sin perjuicio de que, además, corresponda a la Comunidad Autónoma andaluza el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Función Pública en los términos del art. 149.1.18ª de la Constitución (art. 76). La consideración de que el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Pública andaluza es una competencia compartida con el Estado plantea algunos interrogantes de índole constitucional –sobre todo, en lo referente al personal laboral como veremos más adelante<sup>12</sup>– aunque, en lo que nos interesa, parece que deja la puerta abierta a la asunción de un mayor protagonismo de la legislación autonómica en la materia.

#### **1.3.1. *La competencia compartida respecto del personal funcionario y estatutario de la Comunidad Autónoma Andaluza***

La consideración de una competencia como compartida se traduce, conforme al art. 42.2 del EAA<sup>13</sup> en que sobre una determinada materia o

<sup>12</sup> Téngase en cuenta que la atribución de competencia compartida para el personal laboral no es acorde con las exigencias del art. 149.1.7 CE que atribuye íntegramente la competencia legislativa –exclusiva– en la materia al Estado y correspondiéndole únicamente a las Comunidades Autónomas la ejecución de la misma.

<sup>13</sup> Un comentario a este artículo puede verse en López Menudo, F.: “Clasificación, principios y consideraciones generales sobre las competencias”, AA.VV. Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, Dir. Muñoz Machado y Rebollo Puig, Civitas, 2008, págs. 348-350; también, Morillo-Velarde Pérez, JI.: “Competencias sobre régimen de las Administraciones Públicas (comentario al art. 47)”, AA.VV., Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, Dir. Muñoz Machado y Rebollo Puig, Civitas, 2008, pág. 405.

submateria, la potestad legislativa, reglamentaria y de ejecución de la Comunidad Autónoma se ejerce en el marco de las bases<sup>14</sup> que, mediante ley, dicte el Estado<sup>15</sup>. En tal sentido señala el TC que “la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses...”<sup>16</sup>. En consecuencia, las bases legales del Estado respecto del régimen jurídico del personal estatutario y funcionario de la Comunidad Autónoma Andaluza confluyen en esta materia en una norma: el EBEP, el cual deja la puerta abierta a que las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas desarrollen el mismo en el ámbito de sus competencias (art. 6 EBEP).

El EAA no considera, sin embargo, objeto de competencia compartida entre el Estado y la CCAA el régimen jurídico de todo el personal al servicio de la Comunidad Autónoma Andaluza pues deja al margen de tal consideración el régimen jurídico del personal funcionario de las entidades locales así como el del personal funcionario de otras Administraciones Públicas en las que la Comunidad Autónoma ejerce importantes facultades como ocurre, por ejemplo, con las Universidades. Para este otro personal de la Administración Pública andaluza debe estarse a lo dispuesto en el art. 76 EAA cuyo ámbito de aplicación personal y territorial abarca la totalidad de la función pública de las administraciones públicas andaluzas y que remite a las Comunidades Autónomas el mero desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del art. 149.1.18º de la Constitución<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Según las SSTC 147/1991 y 50/1999 “la definición de las bases, en el ámbito de la legislación compartida, tiene por objeto crear un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional, dentro del cual las Comunidades Autónomas dispongan de un margen de actuación que les permita, mediante la competencia de desarrollo legislativo, establecer los ordenamientos complementarios que satisfagan sus peculiares intereses, por ello, en principio, debe entenderse que excede de lo básico toda aquella ordenación que, por su minuciosidad y detalle, no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo, produciéndose en tal caso, por regla general, un resultado de vulneración competencial que priva a lo presentado como básico de su condición de tal” (FJ 5º STC 50/1999).

<sup>15</sup> La exigencia de formalización en una norma con rango de ley ha sido muy debatida en la doctrina constitucional, la cual entiende que lo básico puede derivar, incluso, de normas reglamentarias o actos administrativos y medidas concretas de irradiación general: al respecto véanse las SSTC 69/1988, 12/1984 y 102/1995.

<sup>16</sup> STC 50/1999 (FJ 5º).

<sup>17</sup> Sobre ello puede verse a Castillo Blanco, F.: “Competencias en materia de Función Pública (Comentario al art. 76.1 y 2)”, AA.VV., Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, ob. cit., págs. 733- 761.



### 1.3.2. La incorrecta atribución de competencia «compartida» respecto del personal laboral al servicio de la Administración Pública Andaluza

Complejidad y confusión aporta el texto del nuevo Estatuto autonómico para Andalucía cuando, referido al personal laboral al servicio de su Administración, atribuye a la Comunidad Autónoma Andaluza una supuesta competencia «compartida» con el Estado (art. 47). Dicha alusión es, obviamente, incorrecta pues, conforme al art. 149.1.7 CE, la legislación laboral es competencia «exclusiva» del Estado, sin que las Comunidades Autónomas puedan intervenir más allá de la ejecución<sup>18</sup>. Ello implica, por tanto, que la única manera posible de interpretar el art. 47 EAA sea, a nuestro juicio, entendiendo que la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma deberá circunscribirse, en su caso, a aspectos no sustanciales o materiales del régimen jurídico del personal laboral de la Administración Pública Andaluza como ocurre, por ejemplo, en relación con la oferta de empleo público, las convocatorias de acceso o promoción profesional, la planificación de efectivos, etc. pero, obviamente, en un marco que no puede ser, en propiedad, la de las competencias compartidas<sup>19</sup>. Las normas que regulen las necesidades organizativas de la Administración Pública referidas al personal laboral a su servicio no forman parte, obviamente, de legislación laboral en los términos del art. 149.1.7<sup>a</sup> CE, y ello pese a que pueda repercutir –aunque nunca directamente– en el régimen jurídico del mismo<sup>20</sup>.

En otros términos, en el ámbito laboral el Estado no dicta «bases» en tanto pretendido marco normativo unitario sobre el que las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus facultades legislativas, reglamentarias o de ejecución sino que, por el contrario, el Estado ejerce su potestad legislativa con carácter exclu-

<sup>18</sup> Ello está claramente recogido, por su parte, en el EBEP que entiende que las normas referidas al personal laboral de la Administración Pública forman parte *stricto sensu* de la legislación laboral por lo que el título competencial de invocación no es el art. 149.1.18<sup>o</sup> sino el art. 149.1.7<sup>o</sup> como expresamente señala la Disposición Final Primera del EBEP.

<sup>19</sup> Morillo-Velarde Pérez, JI.: “Competencias sobre régimen de las Administraciones Públicas (comentario al art. 47)”, AA.VV., Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía, ob. cit., pág. 413.

<sup>20</sup> Señala al respecto el Tribunal Supremo que “las Administraciones Públicas en su esfera de actuación externa se rigen por lo general por el Derecho administrativo, pero tienen también reconocida la posibilidad de ajustar una parte de dicha actuación a las normas del derecho privado, bien sea este el civil o el laboral. Y cuando esto último sucede son de diferenciar: de una parte, el acto jurídico perfeccionado o formalizado según las reglas del Derecho privado; y de otra, la decisión administrativa por el que el ente público exterioriza su voluntad concurrente para perfeccionar dicho acto de Derecho privado...”: SSTS (Sala de lo contencioso-Administrativo) de 28 de abril de 2000 –RJ 2000/4829–, de 27 de julio de 2005 –RJ 2005/6733– y de 14 de marzo de 2007 –RJ 2007/6187–.

sivo sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CCAA (art. 149.1.7ª CE). La circunstancia de que el personal laboral también preste sus servicios profesionales en el ámbito de las Administraciones Públicas no altera esta regla general, aunque la misma puede modularse en el sentido de entender que las cuestiones internas, comunes a todo el personal o previas al inicio de la relación contractual, permiten un desarrollo legislativo autonómico en base a razones de organización administrativa al estilo de las competencias compartidas (v. gr. la celebración de los contratos laborales fijos requiere de su formalización previa en la Relación de Puestos de Trabajo que, a la postre, se regula en una norma administrativa; igual sucede con la oferta de empleo público, la cual determina los puestos laborales que durante un ejercicio presupuestario se puede cubrir...).

#### **1.4. Las competencias de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de negociación colectiva de sus empleados públicos**

Ya vimos que la regulación de la negociación colectiva de los funcionarios públicos es normativa básica del Estado. Su consideración como “básica” pretende garantizar la igualdad de todos los funcionarios públicos del país. Estas bases se recogen actualmente en el Capítulo IV del Título III del EBEP, el cual diseña un sistema de negociación común para todas las Administraciones Públicas pero permite que, en atención al Estatuto de Autonomía Andaluza y al desarrollo de ambos Estatutos por leyes autonómicas de función pública, se elabore un sistema diferente o más o menos alejado de la negociación colectiva que se desarrolla en la Administración del Estado. En esta dirección, la Comunidad Autónoma Andaluza podrá ejercer potestad legislativa, reglamentaria y de ejecución en esta materia aunque siempre, insistimos, en el marco de las bases estatales fijadas en el EBEP.

En todo caso, será la atribución o no de competencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía la determinante del ámbito, de los sujetos y del contenido de la negociación colectiva en el sector público pues los límites sobre tal proceso se encuentran inherentes en las competencias atribuidas mediante norma habilitante<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Del Rey Guanter, S., y Luque Parra, M.: “Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, RRLN n° 1, 1997, pág. 317; también, Alfonso Mellado, CL.: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”, Revista de Derecho Social n° 13, 2001, pág. 2. Al respecto pueden consultarse la STS de 2 de marzo de 2004 según la cual “el marco de la contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondientes”.

Por el contrario, la negociación colectiva del personal laboral de la Administración Pública no forma parte de las bases del Estado, correspondiendo a éste, en exclusiva, la competencia sobre la materia. En concreto, la regulación del derecho a la negociación colectiva de este personal se contiene, con carácter general, en el Título III del TRET, aunque en determinados supuestos también es aplicable al mismo el EBEP (arts. 36, 37 y 38.8). La legislación autonómica no tiene cabida en la determinación de las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de la Administración Pública más allá de la mera ejecución de la normativa estatal. Ahora bien, como señalamos con anterioridad, la regulación establecida en el EBEP y en el EAA permite que determinadas cuestiones de carácter organizativo de la Administración Pública Andaluza no referentes al régimen jurídico propio o material del personal laboral de la Administración Pública puedan ser, en el marco de la ley estatal –EBEP–, objeto de regulación autonómica y, por remisión de ésta, incluso convencional.

### **1.5. El papel de las Leyes autonómicas de Función Pública en materia de negociación colectiva**

Parece claro que serán las leyes de función pública autonómica que se dicten en desarrollo del EBEP y de los correspondientes Estatutos de Autonomía las que definitivamente diseñen el sistema relaciones colectivas en el ámbito público. Ahora bien, ¿cuál es el papel que, hasta el momento, han desempeñado tales leyes autonómicas? Con carácter general el rol de la normativa autonómica ha sido muy limitado y escaso pues, a excepción de las notables excepciones producidas en el País Vasco<sup>22</sup>, Navarra<sup>23</sup>, Valencia<sup>24</sup> y Castilla y León<sup>25</sup>, las leyes autonómicas de función pública no regulan los derechos colectivos de los funcionarios públicos y, mucho menos, el derecho de negociación colectiva de los mismos.

<sup>22</sup> El art. 69.1 e) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública del País Vasco regula el derecho de sus empleados “a la información y participación en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de las organizaciones sindicales y órganos de representación, mediante los procedimientos establecidos al efecto”; el Decreto 304/1987, de 6 de octubre –modificado por los Decretos 228/1990, de 4 de septiembre y 328/1994, de 28 de julio, regula dicho procedimiento.

<sup>23</sup> Véase el Capítulo XI del Texto Refundido del Estatuto del personal al servicios de las Administraciones Públicas de Navarra aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, modificado por Ley Foral 27/1994, de 29 de diciembre.

<sup>24</sup> Véase el art. 57 del Decreto Legislativo de 24 de octubre de 1995, del Consell de la Generalitat Valenciana.

<sup>25</sup> Véanse los arts. 102 y ss de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de Ordenación de la Función Pública de Castilla y León.

En esta línea, la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía no reconoce expresamente el derecho de los funcionarios de la Comunidad Autónoma andaluza a negociar colectivamente sus condiciones de trabajo<sup>26</sup>. El reconocimiento de este derecho se hace, no obstante, de manera implícita y en términos similares al art. 3.2 b) de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública ya que la LORAP, como norma estatal de regulación específica del derecho de negociación colectiva, no había sido aún aprobada cuando la ley autonómica se promulgó. Así, el art. 4.2.b) de la Ley 6/1985 establece que corresponde al Consejo de Gobierno “determinar las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración cuando proceda la negociación con la representación sindical del personal funcionario de sus condiciones de empleo, así como dar validez y eficacia a los acuerdos alcanzado, mediante su aprobación expresa y formal, y establecer las condiciones de empleo para los casos en que no se produzca acuerdo en la negociación”<sup>27</sup>.

La posterior regulación legal del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos en el ámbito estatal y la propia concepción básica del mismo provocó que fuera la LORAP la norma que regulara, prácticamente en exclusiva, el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos en Andalucía y ello pese a que la Exposición de Motivos de aquella también declarara la voluntad de conjugar la regulación básica del Estado con la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas para ordenar sus respectivas funciones públicas.

En definitiva, la regulación estatal sobre negociación colectiva es, tanto antes como ahora, la norma principal a tener en cuenta en la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de que, como ya se ha indicado, tras la aprobación del EBEP y el EAA, la legislación autonómica pueda desempeñar un mayor papel en la regulación de los derechos colectivos de los funcionarios públicos y llegar incluso a alterar el modelo estatal de negociación colectiva<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> El entonces vigente Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre) tampoco atribuía competencia a la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de negociación colectiva. El vigente Estatuto aprobado mediante LO 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía señala en su art. 47.2 que el régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario, así como de su personal laboral, es una competencia compartida, sin perjuicio de que el art. 76 del mismo señala que en materia de Función Pública corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del art. 149.1.18ª de la Constitución.

<sup>27</sup> Idéntica remisión a la normativa estatal puede verse en el art. 11 c) de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña o en el art. 25 e) de la Ley 10/1985, de 31 de julio, de la Generalidad de la Función Pública Valenciana.

<sup>28</sup> Señala el art. 6 EBEP que “en desarrollo de este estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

No queda otra, pues, que esperar a la regulación de la nueva ley de función pública andaluza adaptada a las previsiones del EBEP y el EAA.

## 2. UNIDADES O ÁMBITOS DE NEGOCIACIÓN

La estructura de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se establece en el EBEP, al igual que en su antecesora, mediante lo que la doctrina laboralista denomina «encuadramiento constitutivo», es decir, a través del establecimiento legal de las unidades de negociación que responden a una realidad previa, objetiva e independiente de la voluntad de las partes negociadoras<sup>29</sup>. Esta realidad anterior es la que deriva, obviamente, de la propia organización de la Administración Pública, la cual va más allá del alcance representativo de las organizaciones sindicales o de la estructura orgánica de éstas.

### 2.1. Panorama general de las Mesas de Negociación en el EBEP

El EBEP, en la misma línea que la Ley 21/2006 de reforma de la LORAP<sup>30</sup>, introduce determinadas novedades que afectan a la estructura negociadora de todas las Administraciones Públicas. Dichas novedades son:

- a. Establece un foro de encuentro entre las tres Administraciones Públicas territoriales (estatal, autonómica y local) y los representantes sindicales a través de la creación de una Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (art. 36.1 y 2 EBEP) a la que denominaremos Mesa General Unitaria de negociación.
- b. Obliga a la constitución de mesas de negociación que traten temas comunes de laborales y funcionarios en cada Administración Pública. A estas mesas las denominaremos Mesas de Negociación conjunta (art. 36.3 EBEP).

<sup>29</sup> Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley Actualidad, 2007, pág. 120; Lahera Forteza, J.: “Las mesas de negociación colectiva de los funcionarios en el Estatuto Básico del Empleado Público”, RR.LL nº 18, pág. 76; con anterioridad al EBEP, véase Piñar Mañas, JL.: “La estructura de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, REDA nº 65, 1990, pág. 60; Roqueta BuJ, R.: La negociación colectiva en la función pública, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 113-115.

<sup>30</sup> Sobre las modificaciones de esta Ley en el Título III de la LORAP puede verse a Marín Alonso, I.: “La reforma de la negociación colectiva en la AA.PP: la mesa general unitaria y las mesas generales conjuntas. A propósito de la Ley 21/2006 de reforma de la ley 9/1987, de Órganos de representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las AA.PP”, Aranzadi Social nº 15, 2007, págs. 72-90.

- c. Elimina las llamadas «supermesas generales» y establece que la competencia para determinar tanto la fecha de inicio de las negociaciones como las materias a tratar corresponde a los miembros de las propias mesas.
- d. Elimina el carácter obligatorio de la constitución de Mesas Sectoriales dependientes de la Mesa General de la Administración del Estado.
- e. Otorga una mayor libertad a las Mesas Generales para constituir otras Mesas Sectoriales de negociación (art. 34 EBEP)
- f. Recoge la posibilidad de negociar en el ámbito supramunicipal (art. 34.2 EBEP), práctica que ya se producía en alguna Comunidad Autónoma como, por ejemplo, la vasca.
- g. Permite la adhesión a acuerdos que se produzcan dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma (art. 34.2 EBEP).

Conforme a ello, la estructura actual de la negociación colectiva funcional, es la siguiente:

1. Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas, es decir, Mesa General de negociación unitaria entre las tres Administraciones Públicas territoriales (estatal, autonómica y local) y la representación sindical (art. 36.1 EBEP) con objeto de negociar materias susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica.
2. Mesa General de negociación de la Administración del Estado (art. 34.1 EBEP).
3. Mesa General de negociación en cada Comunidad Autónoma (art. 34.1 EBEP) y Ciudades de Ceuta y Melilla.
4. Mesa General de negociación en cada Entidad Local (art. 34.1 EBEP)

A estas Mesas Generales se suman Mesas Sectoriales que se constituyen por acuerdo de las Mesas Generales en atención a dos criterios: 1) las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas y 2) las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios y a su número (art. 34.4 EBEP). Su competencia abarca a los temas comunes a los funcionarios públicos del sector concreto que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a los que ésta explícitamente les reenvíe o delegue. En consecuencia, y atendiendo a las competencias de cada Administración Pública, podrán existir mediante acuerdo de las Mesas Generales:

1. Mesas Sectoriales de negociación en la Administración del Estado<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta que el EBEP ha suprimido la lista de mesas sectoriales de constitución obligatoria; el art. 31.1 de la derogada LORAP establecía estas mesas para el personal docente de

2. Mesas Sectoriales de negociación en cada Comunidad Autónoma.
3. Mesas Sectoriales en cada Entidad Local.

A este panorama se añaden, con carácter obligatorio<sup>32</sup>, las nuevas Mesas de negociación conjunta para el personal funcionario, estatutario y laboral establecidas en el art. 36.3 EBEP cuando se trate de negociar materias y condiciones de trabajo comunes a dicho personal, es decir:

1. Mesa General de negociación conjunta en la Administración del Estado.
2. Mesa General de negociación conjunta en cada Comunidad Autónoma y Ciudades de Ceuta y Melilla.
3. Mesa General de negociación conjunta en cada Entidad Local.

Por último, el art. 34.2 EBEP reconoce legitimación negocial a las asociaciones de municipios y a las Entidades Locales de ámbito supramunicipal para negociar condiciones de trabajo en su correspondiente ámbito, lo que significa que, sin variar la estructura negociadora antevista, se puede producir variación en las partes o sujetos negociadores que son los que, a la postre, ostentan la titularidad del derecho a la negociación colectiva pese a la existencia de pronunciamientos judiciales en contra<sup>33</sup>. No deben constituirse, pues, nuevas mesas negociadoras sino que, en las ya existentes (mesas generales locales), se le da entrada a unos nuevos sujetos titulares del derecho a negociar colectivamente condiciones de trabajo.

## 2.2. La inexistencia de mesa negociadora “interadministraciones” o común para todos los funcionarios públicos

Ya se ha indicado que los niveles de negociación vienen marcados por el ámbito de actuación de las distintas Administraciones Públicas del país, estatal, autonómica y local, las cuales ostentan personalidad jurídica propia que les

---

los centros públicos no universitarios; para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros; para el personal de las instituciones sanitarias públicas; para el personal de la Administración de Justicia; para el personal funcionario de las Universidades y para el personal de la Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva..., ob. cit., pág....; también, Marín Alonso, I.: “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos el EBEP”, REDT, en prensa, 2009; en sentido contrario, Lahera Forteza, J.: “Las mesas de negociación colectiva de los funcionarios...”, ob. cit., pág. 77.

<sup>33</sup> En tal sentido, Lahera Forteza, J.: La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios, CES, Madrid, 2000, pág. 278.

otorga, desde una perspectiva formal, autonomía e independencia en la determinación de la estructura de cada una ellas.

No existe, pues, una negociación colectiva para el conjunto de los funcionarios públicos del país. La única quiebra, aunque indirecta, que se produce a esta regla la representa la nueva Mesa de negociación unitaria establecida en el art. 36.1 EBEP ya que en esta mesa se negociarán determinados temas de aplicación al conjunto de los funcionarios públicos del país (estatales, autonómicos y locales) al estilo de la negociación de los acuerdos interprofesionales de ámbito laboral. Así, la negociación en esta mesa del incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las AAPP que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año es una evidente muestra de negociación común para todos los funcionarios –y laborales– de las Administraciones Públicas en general, aunque no debe olvidarse que la decisión última sobre tal incremento retributivo corresponde a las Cortes Generales, no vinculadas por el acuerdo adoptado en la Mesa General unitaria; será la ley, en definitiva, y no la mesa, la que establezca la regulación común al personal de todas las Administraciones Públicas. Por otro lado, la aparente ruptura de la regla general de autonomía e independencia de la estructura negociada de cada ente territorial también se observa en el resto de materias a tratar en la Mesa General Unitaria pues, como se verá, la negociación en esta sede de normativa básica que corresponde al Estado permite ciertamente la participación de las CCAA y EELL en la fijación de las bases estatales pero ello no supondrá, en todo caso, una regulación convencional común para todos los funcionarios públicos ya que esa negociación sólo permite el posterior despliegue normativo autonómico en el marco de las bases de la ley estatal que haya recepcionado el acuerdo.

No obstante, pese a la inexistencia de marco legal habilitante, la práctica negociadora «interadministraciones» ha tenido lugar en algunas Administraciones Públicas con resultados muy útiles en la gestión de recursos humanos. Así, por ejemplo, desde la década de los ochenta, se han llevado a cabo en el País Vasco unas negociaciones de ámbito particular con el objeto de incluir a todo el personal de la Comunidad Autónoma vasca, incluyendo al de los entes locales de la misma. A tal efecto, se celebraba anualmente un Acuerdo Regulador de las condiciones de empleo del personal de la Administración de Euskadi (ARCEPAFE) entre representantes de la Administración Foral y de las centrales sindicales más representativas en la misma, siendo asumido posteriormente el Acuerdo en cada Entidad Local a través de un acuerdo plenario que lo calificaban como Reglamento de personal. Tras la LORAP esta práctica se extendió a otras CCAA como la navarra o la extremeña y, aunque el EBEP no la contempla expresamente, puede afirmarse que no ha



dejado la puerta cerrada a que las CCAA y EELL puedan constituir las en su territorio<sup>34</sup>.

### 2.3. Relaciones entre las mesas

La autonomía negocial de las mesas depende, por un lado, de la distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales en materia funcionarial y, por otro lado, de lo señalado en otras instancias negociadoras. En este sentido, las relaciones entre las mesas se rigen por el principio de competencia o de subordinación o jerarquía o bien por una mezcla de ambos criterios.

El principio de subordinación se aplica, en principio, a las relaciones entre las Mesas Generales y las Mesas Sectoriales de negociación en parecidos términos a lo establecido en la LORAP<sup>35</sup>. No obstante, pese al tenor literal del art. 34.4 del EBEP, la constitución de las Mesas Sectoriales no depende siempre de la voluntad de las Mesas Generales pues, conforme a lo dispuesto en el propio EBEP y en la normativa legal específica de algunos colectivos de la Administración Pública, se producen algunas excepciones notables como ocurre, por ejemplo, con la Mesa Sectorial del personal de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros<sup>36</sup>, la Mesa Sectorial del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas<sup>37</sup> o la Mesa Sectorial del personal de la Administración de Justicia<sup>38</sup>. La constitución de Mesas Sectoriales para estos colec-

<sup>34</sup> En el mismo sentido, Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, ob. cit., pág. 190.

<sup>35</sup> Con detalle sobre la regulación en la LORAP puede verse a Roqueta Buj, R.: La negociación colectiva en la Función Pública..., ob. cit., págs. 170 y ss; Gómez Caballero, P.: Los derechos colectivos de los funcionarios, CES, Madrid, 1994, pág. 290; Bengoetxea Alkorta, A.: "La estructura de la negociación colectiva funcionarial en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma Vasca", AA.VV. La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas vascas, Coord. Landa Zapirain, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 81.

<sup>36</sup> El art. 5 EBEP señala que el personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima, se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por el EBEP. Al respecto, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social por la que se ordenó constituir la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA y el art. 60 del Estatuto de dicho personal aprobado por el RD 370/2004, de 5 de marzo, establecen la constitución preceptiva de una Mesa Sectorial para negociar todas las condiciones de trabajo de este personal, aplicándose supletoriamente la normativa que se acuerde en dicha Mesa Sectorial cuando se deje alguna materia sin tratar.

<sup>37</sup> Véase el art. 79.2 de la Ley 55/2003 por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Sanitario y el art. 2.3 del EBEP que mantiene la concesión de un régimen estatutario particular.

<sup>38</sup> Véase la modificación operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

tivos de personal funcionario no depende, por tanto, de la voluntad de la Mesa General, la cual tampoco tiene asegurada la subordinación de la misma.

Por el contrario, el principio de competencia marca las relaciones entre las nuevas mesas creadas por el EBEP (Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas –art. 36.1 EBEP– y mesas de negociación conjunta o comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de las AAPP –art. 36.3. EBEP–), así como de las Mesas Generales de negociación de cada Administración territorial (art. 34.3 EBEP) en tanto tienen delimitadas por ley las materias a tratar en cada una de ellas.

Así, el EBEP, con el objeto de coordinar la actividad negocial de los tres estratos o niveles territoriales del país, ha creado la Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas donde se tratarán las materias señaladas en el art. 37 “que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica”<sup>39</sup>. La reserva legal de lo básico impide ver en esta mesa una auténtica negociación colectiva ya que el legislador estatal puede establecer libremente lo que es o no básico pese a lo que previamente se haya acordado en esta Mesa<sup>40</sup> ya que ello no es vinculante para quien ostenta la competencia sobre la materia: las Cortes Generales. No obstante, si la ley recoge los acuerdos alcanzados en dicha Mesa sobre lo básico, está claro que ello condicionará la actividad normativa del Estado y las CCAA y, por consiguiente, la actividad negocial de las mesas constituidas en las mismas. En tal caso la rela-

<sup>39</sup> Según el art. 37.1 EBEP “serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes: a) la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios; c) las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; d) las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño; e) los planes de Previsión Social Complementaria; f) los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; g) los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; h) las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; i) los criterios generales de acción social; j) las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; k) las que afecten a las condiciones de trabajo y alas retribuciones de los funcionarios cuya regulación exija norma con rango de Ley; l) los criterios generales sobre ofertas de empleo público; m) las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”.

<sup>40</sup> Sobre ello Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico..., ob. cit., pág. 183 que califica como pseudonegociación lo referente al tratamiento de lo básico en estas mesas.

ción que se produce entre esta Mesa y las que se constituyen en virtud del art. 34 es evidente<sup>41</sup> pues lo decidido en ella servirá de fundamento a las otras mesas para abordar determinadas materias. Las Mesas Generales y Sectoriales se encontrarán, así, condicionadas por lo negociado en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas. Pero, en cualquier caso, el art. 36.2 EBEP señala que la determinación de lo básico en esta Mesa se producirá “sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de Función Pública”, lo que significa que las CCAA podrán, en el caso de falta de acuerdo, ejercer las competencias que les puedan corresponder sobre las materias contenidas en el art. 37 EBEP y, en caso de acuerdo, ejercer sus facultades legislativas en el marco de la ley que recepcione el acuerdo.

Ha de advertirse, por otro lado, que el ámbito subjetivo de esta Mesa General Unitaria es muy amplio pues afecta no sólo al personal funcionario o estatutario sino, también, al personal laboral al servicio de las AA.PP por lo que, para este personal, ha de tenerse en cuenta lo señalado supra respecto a que no cabe establecer ningún tipo de “bases” estatales en cuyo marco puedan ejercer su facultades legislativas, reglamentarias y de ejecución las CCAA. En otros términos, en estas Mesas se negocian temas que afectan al personal laboral –v. gr. “será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las AAPP que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de PGE de cada año”: art. 36.2 EBEP– y cuya competencia, en principio, corresponde en exclusiva al legislador estatal en virtud de sus competencias presupuestarias o sobre el control general del gasto público<sup>42</sup>. Pero ello no es óbice, como ya señalamos supra, a que la relación que se establezca entre esta Mesa y las Generales sea equivalente a la analizada respecto del personal funcionario ya que las materias a negociar pueden considerarse como normas no estrictamente laborales, es decir, accesorias a la relación laboral por lo que, en tal caso, funcionaría de manera semejante al sistema de bases antevisto en una materia que responde a necesidades organizativas de la Administración Pública.

Debe señalarse, por último, que la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas absorbe competencias que antes correspondían a las Mesas Generales o Sectoriales de la Administración General del Estado tales

<sup>41</sup> Como relación indirecta lo califica Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico..., ob. cit., pág. 184.

<sup>42</sup> Véase la STC 148/2006, de 9 de mayo.

como, por ejemplo, la negociación de las bases del régimen estatutario general y sectorial<sup>43</sup>, o el establecimiento de límites al incremento presupuestario del personal de todas las AAPP. Las Mesas Generales y Sectoriales de la Administración General del Estado se limitan ahora a negociar condiciones de trabajo concretas de sus funcionarios públicos mientras que las Mesas generales y sectoriales de negociación de las CCAA son competentes, por su parte, para negociar las condiciones de trabajo de su respectivo personal pero respetando, por un lado, el reparto de poderes normativos entre los órganos legislativos y ejecutivos de la Comunidad Autónoma y, en su caso, las bases estatales<sup>44</sup>. A su vez, las mesas generales y sectoriales de negociación de las Entidades Locales se encuentran condicionadas tanto por la Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas como por la Mesa General de Comunidad Autónoma en tanto su competencia en materia de personal es claramente residual.

Por su parte, la Mesa General conjunta del personal funcionario y laboral, de constitución obligatoria en todas las Administraciones Públicas territoriales, también responde al principio de competencia pues se encarga únicamente de tratar “todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública”. Las condiciones de trabajo comunes se refieren, obviamente, no sólo a aquellas materias que reciban un tratamiento unitario sino, también, una regulación paralela en el EBEP o en cualquier otra norma administrativa<sup>45</sup>.

### 3. LA DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL PERSONAL FUNCIONARIO

Andalucía, conforme al EBEP, dispone de una Mesa General de negociación en el ámbito de su Comunidad Autónoma y cuenta, además, con una serie de Mesas Sectoriales que pueden ser de constitución voluntaria por decisión de la Mesa General conforme al EBEP, o bien obligatoria, según las competencias transferidas a nuestra Comunidad Autónoma y lo dispuesto en determinadas leyes especiales.

<sup>43</sup> Por ejemplo, las bases del personal funcionario docente de los centros públicos no universitarios se establecen en las Disposiciones Adicionales 6ª a 13ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Estas bases se podrán tratar ahora en la Mesa General Unitaria pero no en las Mesas Generales o Sectoriales de negociación como ocurría con la LORAP.

<sup>44</sup> Al respecto véase Roqueta BuJ, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico..., ob. cit., págs. 133-134.

<sup>45</sup> En el mismo sentido Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico..., ob. cit., pág. 135. Sobre estas mesas de negociación conjunta puede verse MARÍN ALONSO, I.: “La negociación colectiva conjunta en el Estatuto Básico del Empleado Público”, REDT, 2009, en prensa.

### 3.1. La determinación legal

La Mesa General de negociación en la Comunidad Autónoma andaluza es competente para abordar las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de la Junta de Andalucía, salvo en dos supuestos: 1) que sean susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica en cuyo caso deberán ser tratadas en la Mesa General Unitaria del art. 36.1 EBEP, y 2) las que estén relacionadas con condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de la Junta de Andalucía en cuyo caso se tratarán, obligatoriamente, en la Mesa General Conjunta de la Comunidad Andaluza (art. 36.3 EBEP).

Es obvio que la Mesa General de negociación autonómica ha sufrido, en paralelo a la Administración General del Estado, una merma considerable de sus competencias normativas aunque, a cambio, también ha obtenido un mayor poder sobre las Mesas Sectoriales en orden a su constitución y dependencia, flexibilizando en gran medida la estructura negociadora de la Administración Pública autonómica.

Por su parte, los criterios señalados en el EBEP para la constitución de Mesas Sectoriales son válidos en cualquier ámbito territorial, por lo que la estructura negociadora en las Comunidades Autónomas puede ser muy diferente entre ellas y, por supuesto, diversa de la estatal. En tal sentido, el EBEP delimita los criterios a seguir por la Mesa General para la constitución voluntaria de Mesas Sectoriales, los cuales atienden, por un lado, a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas<sup>46</sup> y, por otro lado, a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios y a su número.

La supremacía de la Mesa General autonómica sobre las Mesas Sectoriales de creación voluntaria es también clara en cuanto la competencia de éstas se extiende a los temas comunes a los funcionarios de un concreto sector “que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general respectiva o a los que ésta explícitamente les reenvíe o delegue” (art. 34. 4 y 5 EBEP). La competencia de la Mesa Sectorial se perpetúa, por tanto, como residual respecto de la Mesa General, limitándose a adecuar las peculiaridades de determinados colectivos al régimen general que, obviamente, también le será de aplicación<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Esta novedad del EBEP permite que tanto los Organismos autónomos como cualquier otro ente administrativo dispongan de una Mesa Sectorial cuando, a juicio de la Mesa general, presenten alguna singularidad o especificidad de las condiciones de trabajo de sus funcionarios. También es novedoso que en la composición de tales Mesas Sectoriales se da cabida a un mayor espectro de sindicatos que podrían alterar la homogeneidad de condiciones de trabajo.

<sup>47</sup> Al respecto, Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva...”, ob. cit., pág. 54 señala que “el hecho de que se conforme una determinada mesa sectorial no hace inaplicable a ese grupo de funcionarios lo negociado y pactado en la mesa general en la que se integran, pues lo que hace la mesa sectorial es añadir compromisos al caso concreto a los ya derivados de los acuerdos y pactos colectivos alcanzados en la mesa general”.

No obstante, la situación anterior es diferente cuando la que aparece en escena es una Mesa Sectorial impuesta por una ley especial de aplicación a un concreto colectivo funcional. En este caso, la constitución de la Mesa Sectorial es heterónoma, no dependiendo, por tanto, de la voluntad de la Mesa general correspondiente. Las Mesas Sectoriales así constituidas disfrutaban de gran autonomía e independencia respecto de la Mesa General de cuya Administración se integra, debiendo acudir tanto a la ley especial como al EBEP para determinar las relaciones entre ambas mesas. En definitiva, la fijación heterónoma de Mesas Sectoriales, que antes sólo afectaba a la Administración del Estado, se reproduce también ahora en las Administraciones Autonómicas debido a la finalización del proceso de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas y a la fragmentación del estatuto funcional.

En concreto, la constitución heterónoma de Mesas Sectoriales puede abarcar en la Comunidad Autónoma Andaluza a algunos colectivos muy numerosos como el personal al servicio de la Administración de Justicia o el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas. Junto al análisis de estas Mesas Sectoriales de constitución obligatoria haremos una pequeña referencia a las Mesas Sectoriales voluntarias de otro personal de la Administración Pública andaluza en cuya sede se han producido, hasta el momento, acuerdos sobre condiciones de trabajo<sup>48</sup>.

a) Mesa Sectorial del personal al servicio de Instituciones Sanitarias Públicas de Andalucía.

El art. 2.3 del EBEP establece que "...el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias...". El EBEP mantiene, pues, el régimen estatutario especial de este personal regulado en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del personal al servicio de las Instituciones Sanitarias Públicas.

Este Estatuto Marco particular prevé, con carácter de norma básica<sup>49</sup>, la constitución de una Mesa Sectorial "en el ámbito de cada servicio de salud" (art. 79.2). Al tener carácter básico, tal precepto se aplica a todas las Comuni-

<sup>48</sup> Por el contrario, considera que también este personal debe disfrutar de Mesas Sectoriales de constitución obligatoria Roqueta Buj, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico..., ob. cit., pág. 175.

<sup>49</sup> Véase la Disposición Final Primera del Estatuto Marco sobre habilitación competencial que señala que "1. las disposiciones de esta ley se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, por lo que las mismas constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación".

dades Autónomas, siendo el objeto de las Mesas Sectoriales negociar en ella las materias previstas en el art. 80.2 que pertenezcan al ámbito competencial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

En consecuencia, debido a la transferencia de competencias en materia de Salud a la Comunidad Autónoma Andaluza, el personal funcionario y estatutario de las Instituciones Sanitarias Públicas de Andalucía debe estar representado por una Mesa Sectorial propia, estando excluido, obviamente, de la base representada por la Mesa Sectorial del personal de las Instituciones Sanitarias públicas dependiente del INSALUD en la Administración General del Estado. Dicha exclusión es, en comparación con la LORAP, absoluta pues la Mesa Sectorial de este personal en la Administración del Estado no es siquiera competente para negociar las bases del personal estatutario en tanto el EBEP ha atribuido esta competencia a la Mesa General Unitaria<sup>50</sup>, la cual mantiene una relación indirecta y de supremacía sobre aquélla.

En definitiva, la Mesa Sectorial del personal funcionario y estatutario de las Instituciones Sanitarias Públicas dependiente de la Comunidad Autónoma Andaluza se constituye con carácter obligatorio y no dependiente de la Mesa General.

Desde una perspectiva práctica puede señalarse que, hasta el momento, la actividad de la Mesa Sectorial de este personal en Andalucía ha sido prolífica pues ha negociado numerosos acuerdos de gran interés como, por ejemplo, el Acuerdo sobre Política de Personal de 20 de noviembre de 2002 para el período 2003-2005<sup>51</sup>, el Acuerdo de 27 de diciembre de 1999<sup>52</sup> en materia de jornada, el Acuerdo de 30 de diciembre de 2003 sobre permisos, licencias y vacaciones<sup>53</sup> o el pacto de 12 de septiembre de 2002 sobre unidades electorales y crédito horario<sup>54</sup>.

#### b) Mesa Sectorial del personal al servicio de la Administración de Justicia.

El EBEP señala en su art. 4.c) que las disposiciones del mismo sólo serán aplicables al personal al servicio de la Administración de Justicia cuando así lo

<sup>50</sup> Véase la STSJ de La Rioja de 3 de marzo de 1995 –AS 1995/870– que entendía que la negociación de bases para el personal estatutario en la Mesa Sectorial de la Administración del Estado era aplicable a todas las Comunidades Autónomas.

<sup>51</sup> Este Acuerdo se refrendó por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía como Acuerdo de 11 de marzo de 2003 (BOJA nº 50 de 14 de marzo de 2003).

<sup>52</sup> Este Acuerdo del Consejo de Gobierno ratifica el Acuerdo suscrito entre el Servicio Andaluz de Salud y las organizaciones sindicales CEMSATSE, CCOO, UGT y CSI-CSIF sobre adecuación de retribuciones y jornada del personal dependiente del Servicio Andaluz de Salud para el trienio 2000-2002.

<sup>53</sup> Ratificado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 20 de julio de 2004 (BOJA nº 152 de 4 de agosto de 2004).

<sup>54</sup> Este Pacto sustituye al de 17 de noviembre de 1999.

disponga su legislación específica. Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial se encarga de regular el derecho de este personal a la negociación colectiva en su art. 496.e), y establece la negociación obligatoria de diversos aspectos relacionados con el régimen jurídico del mismo. La previsión de esta norma sobre las materias a regular convencionalmente provoca que tales aspectos deban canalizarse a través de una Mesa Sectorial obligatoria ya que el propio EBEP ha dado preferencia a la regulación contenida en esta norma especial.

En definitiva, la Mesa Sectorial para el personal de los Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de otro personal al que se refiere el Libro VI de la LOPJ, debe obligatoriamente constituirse en las Comunidades Autónomas que tienen competencias asumidas en esta materia<sup>55</sup>. En Andalucía, donde las competencias se han transferido, ha de existir la mencionada Mesa Sectorial. Ahora bien, desde una perspectiva práctica puede acordarse que el papel que ha desempeñado esta Mesa Sectorial de negociación hasta el momento ha sido prácticamente inexistente<sup>56</sup>.

c) Otras Mesas Sectoriales no obligatorias en Andalucía con experiencia negociadora: la Mesa Sectorial del personal docente de centros públicos universitarios y no universitarios.

Situación diversa a la vista para los anteriores colectivos de personal es el referente al personal docente andaluz, universitario o no, y ello pese a que el art. 2.3 del EBEP mantiene un régimen especial para este personal al señalar que el mismo se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Respecto del personal docente no universitario, el apartado 2 de la Disposición Adicional 6ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, reitera que “las Comunidades Autónomas ordenarán su función pública docente en el marco de sus competencias” respetando, en todo caso, las normas básicas estatales fijadas en la mencionada ley. Por su parte, el EAA señala en sus arts. 52 y 53 las competencias de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de educación, desarrollándose esta competencia mediante la Ley 17/2007, de 10 de diciembre<sup>57</sup>. En ellas, no obstante, no se hace referencia, ni directa ni indi-

<sup>55</sup> Particularmente pueden verse los arts. 488.3, 496, 500.4, 501.2, 502.5, 516.b.2º.a) 519 y 522.2 tras la aprobación de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

<sup>56</sup> Así lo califica Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva...”, ob. cit., pág. 66, que entiende que ello puede deberse, por un lado, a la relativamente reciente transferencia de las correspondientes competencias y del personal a la Junta de Andalucía y, de otro lado, al desarrollo de negociaciones en el ámbito estatal al tratarse de Cuerpos de funcionarios públicos de carácter nacional.

<sup>57</sup> BOJA nº 252 de 26 de diciembre de 2007.



rectamente, a la obligatoriedad de constituir una Mesa Sectorial de negociación colectiva para este personal por lo que, en principio, la constitución de la misma tendrá carácter voluntario conforme a los criterios señalados en el EBEP. No es obligatoria, por tanto, su constitución ya que su existencia depende de la voluntad de la Mesa General de Negociación de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Debe tenerse en cuenta, además, que el colectivo referido no se incluye en la base representada, en su caso, por la Mesa Sectorial estatal.

En el plano convencional y hasta el momento presente, la Mesa Sectorial andaluza del personal docente no universitario ha tenido escasa intervención en la determinación de las condiciones de trabajo de este personal, centrándose principalmente en cuestiones puntuales<sup>58</sup>.

Por su parte, respecto del personal docente universitario, hay que tener en cuenta la mayor dispersión de las fuentes reguladoras pues, junto a las competencias –muy mermaidas– de las Comunidades Autónomas entra también en juego la autonomía universitaria. En efecto, el art. 56.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, señala que “el profesorado universitario funcionario se regirá por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios que le sea de aplicación y por los Estatutos”. Del texto de la LOU se extrae que ni las Comunidades Autónomas ni las Universidades tienen potestad normativa para determinar condiciones de trabajo del personal docente investigador funcionario (art. 69), limitándose la competencia de aquélla a fijar complementos retributivos vinculados a méritos individuales, docentes, investigadores y de gestión<sup>59</sup> y en cuyo marco la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andalucía de Universidades<sup>60</sup>, no aporta novedad alguna respecto de lo dispuesto en la LOU<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Al respecto pueden verse, entre otros, el Acuerdo de 27 de julio de 2004, del Consejo de Gobierno sobre retribuciones del profesorado de niveles de enseñanza no universitaria dependiente de la Consejería de Educación y Ciencia (BOJA de 2 de agosto) o el Acuerdo de 11 de diciembre de 2001, del Consejo de Gobierno, sobre retribuciones del profesorado en los Colegios Públicos rurales que realiza itinerancias (BOJA 15 de diciembre).

<sup>59</sup> Véase el Acuerdo de 24 de septiembre de 2003 sobre medidas de carácter transitorio y temporal en materia de contratación y retribuciones del profesorado de 24 de septiembre de 2003. Sobre el personal docente contratado puede verse el Acuerdo de 28 de julio de 2004 para la adaptación y estabilización del PDI contratado suscrito por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la junta de Andalucía, las Universidades y las organizaciones sindicales más representativas.

<sup>60</sup> BOJA nº 251 de 31 de diciembre de 2003.

<sup>61</sup> El art. 33 de la Ley 15/2003, Andalucía de Universidades, señala 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 les sea de aplicación, así como por los Estatutos de la Universidad respectiva”.

Las Universidades, por su parte, desempeñan un papel algo más dinámico en el tema aunque se conforman con las remisiones que la LOU hace a los Estatutos de cada Universidad en orden a regular determinados aspectos del régimen jurídico de su personal funcionario. Al respecto, algunas Universidades Andaluzas, a través de sus Estatutos, han llevado a cabo prácticas negociadoras sobre condiciones de trabajo aunque, en su mayoría, reproducen la normativa estatal o autonómica<sup>62</sup>.

### 3.2. La regulación convencional en la Mesa General

Hasta el momento, en el plano convencional, la Mesa General de la Administración Andaluza ha suscrito varios acuerdos<sup>63</sup>, encontrándose entre los más recientes, el Acuerdo de la Mesa General de negociación de 5 de octubre de 2001, sobre derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales en la Administración de la Junta de Andalucía<sup>64</sup> o el Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 por el que se modifican las retribuciones del personal funcionario al servicio de la Administración General de la Junta de Andalucía para el período 2008-2009<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Al respecto, más detalladamente, puede consultarse a López Gómez, JM.: “La negociación colectiva en las Universidades Públicas Andaluzas”, AA.VV., La negociación colectiva en la Administración Pública Andaluza, Coord. Cruz Villalón, IAAP, 2003, pág. 442, quien señala que “tampoco las Universidades disponen en este ámbito de competencias normativas aunque existen prácticas negociadoras sobre diversos aspectos relacionados con las condiciones de trabajo. De hecho, los Estatutos de las Universidades andaluzas, aunque entran a regular diversas condiciones de trabajo, generalmente se limitan a reproducir fielmente la normativa estatal o autonómica correspondiente, salvo aspectos como permisos por estudios, año sabático, ordenación de las cargas de trabajo docente, investigación, tutorías... que acometen con mayor discrecionalidad. Es más, apenas reconocen facultades de negociación a los órganos de representación del PDI, en comparación a las que se atribuyen al PAS, así en general los Estatutos se limitan a reconocer a los órganos de representación del PDI facultades de negociación respecto de la RPT y sólo una minoría se refieren a las condiciones de trabajo en general, incluidas las económicas y profesionales”.

<sup>63</sup> Los primeros acuerdos de la Mesa General de la Administración Pública andaluza fueron el Acuerdo de 26 de febrero de 1996 sobre condiciones de trabajo en la Administración General de la Junta de Andalucía que se prorrogó por el Acuerdo de 29 de diciembre de 1998 de la Mesa de negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía. A partir de estos no se ha producido un Acuerdo global sobre condiciones de trabajo sino que se han producido una serie de acuerdos parciales sobre mejora de la prestación de servicios públicos y condiciones del personal.

<sup>64</sup> Véase la Resolución de 2 de noviembre de 2001 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (BOJA nº 135 de 22 de noviembre de 2001).

<sup>65</sup> BOJA nº 241 de 10 de diciembre de 2007; este acuerdo amplía el Acuerdo de 2 de diciembre de 2005, siendo su precedente el Acuerdo de 12 de noviembre de 2002 publicado en el BOJA nº 144 de 7 de diciembre de 2002 y anexo en el BOJA nº 28 de 11 de febrero de 2003.

De particular interés para nosotros debido a su intervención en la delimitación de la estructura negociadora en la Comunidad Autónoma Andaluza es el Acuerdo de 18 de noviembre de 2003, del Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Acuerdo de 24 de octubre de 2003 de la Mesa «Sectorial» de negociación de la Administración General sobre mejoras en las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía<sup>66</sup>. Este Acuerdo es negociado, pese a la denominación del mismo, en la Mesa General de la Administración Pública Andaluza, siendo la mención a la Mesa Sectorial errónea<sup>67</sup>. La cláusula 13 de este Acuerdo, titulado «Estructura y articulación de la negociación colectiva» también adolece del mismo equívoco pues señala que la negociación colectiva se desarrollará en un doble ámbito: el general y el desconcentrado, reservando el primero a la negociación que “se desarrollará en la propia Mesa «Sectorial»”. En esta Mesa se tratarán, sin embargo, las condiciones de trabajo que afecten a todo el personal funcionario de la Administración General de la Junta de Andalucía incluido en el ámbito de aplicación del presente acuerdo...”<sup>68</sup> por lo que, en aplicación del EBEP se trata en realidad de la Mesa General de Negociación de nuestra Comunidad Autónoma que es, además, de constitución obligatoria. Señala, además, que “en el ámbito de la Mesa Sectorial se podrá negociar el marco o los criterios a los que deberán ajustarse los Planes de Empleo, sin perjuicio del análisis posterior de aquellos planes o instrumentos similares negociados en su ámbito específico de aplicación. En la propia Mesa Sectorial se determinarán los ámbitos desconcentrados de negociación así como las materias que habrán de ser objeto de la misma, de conformidad con lo señalado en el presente Acuerdo y en la legislación vigente en la materia”. Se añade, por último, que en el ámbito de la mal llamada Mesa Sectorial se procederá “al estudio, negociación y actualización, en su caso, de la estructura, ordenación y procedimientos de negociación en el ámbito del presente Acuerdo”.

Por su parte, “en los ámbitos desconcentrados de negociación, en ningún caso, podrán modificarse los criterios y acuerdos adoptados en el ámbito general, ni adoptarse acuerdos sobre temas distintos de los expresamente remitidos por la Mesa Sectorial”. Añade que “para la validez y eficacia de los acuerdos y pactos que se negocien en el ámbito desconcentrado será requisito necesario la previa ratificación de los mismos en el seno de la Mesa Sectorial de negociación.”

<sup>66</sup> BOJA nº 225, de 21 de noviembre de 2003.

<sup>67</sup> En el mismo sentido, Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva...”, ob. cit., pág. 63.

<sup>68</sup> El ámbito de aplicación abarca “al personal funcionario e interino vinculado a la Administración general de la Junta de Andalucía y a los Organismos Autónomos dependientes de ella, incluidos en el ámbito de competencia de la Mesa Sectorial de negociación de la Administración General”.

La confusión en el texto del acuerdo es palpable aunque ello no es razón para invalidarlo ya que claramente se deduce del mismo que en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza existe una Mesa General de negociación conforme a la norma básica estatal<sup>69</sup>. El que las partes del acuerdo la denominen Mesa Sectorial de negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía en vez de Mesa General puede ser debido, quizá, al intento de evitar la cacofonía. A partir de ahí, y según reza en el Acuerdo, en nuestra Comunidad Autónoma se producen negociaciones en ámbitos desconcentrados tanto por voluntad de la anterior mesa –que también decidirá las materias a tratar– como por disposición de la legislación vigente. La negociación en esta sede se encuentra, sin embargo, muy fiscalizada por el ámbito general ya que para la validez y eficacia de los acuerdos y pactos que se negocien en el ámbito desconcentrado es requisito necesario la previa ratificación de los mismos en el seno de la Mesa General-Sectorial de negociación. La impresión que transmite este Acuerdo es, en definitiva, que respeta al máximo el esquema establecido actualmente en el EBEP sobre la estructura de la negociación colectiva.

De interés resulta mencionar, por último, que en el ámbito estatal se ha negociado recientemente el Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado, aprobado mediante Resolución de 26 de mayo de 2008, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública<sup>70</sup>. En este Acuerdo se descentraliza y flexibiliza el rígido sistema negociador público, previendo la creación, por un lado, de Mesas Delegadas dependientes de la Mesa General de Negociación de la AGE en diversos ámbitos y, por otro lado, de numerosas Comisiones Técnicas<sup>71</sup>. Lo relevante es que los Acuerdos predecesores a éste se aplicaron

<sup>69</sup> Téngase en cuenta que el acuerdo hace referencia a que esta Mesa desarrollará su actividad “de conformidad con lo regulado en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, redactado por Ley 7/1990, de 19 de julio”, que ahora debe entenderse hecha al Capítulo IV del Título III del EBEP.

<sup>70</sup> BOE nº 137, de 6 de junio de 2008.

<sup>71</sup> El Acuerdo prevé la existencia de siete Comisiones Técnicas dependientes de la Mesa General de Negociación de la AGE: Comisión Técnica de Prevención de Riesgos Laborales, de Formación, de Acción Social, de Igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres, del personal laboral en el Exterior, de Temporalidad y Empleo y sobre Responsabilidad Social de la AGE. Podrán crearse, además, otras Comisiones Técnicas con carácter permanente o temporal en función de la singularidad, personal afectado o especialidad de la materia. A su vez, la negociación colectiva se estructura en Mesas Generales Territoriales establecidas rígidamente por el EBEP y en Mesas Delegadas de las anteriores, más adaptadas a las necesidades particulares de cada Administración Pública; así, el Acuerdo prevé la constitución de Mesas Delegadas dependientes de las Mesas Generales en el ámbito departamental (incluyendo al personal de los servicios territoriales) o no departamentales cuando atiendan a un específico ámbito que por su singularidad, personal afectado o especialidad de la materia, así lo aconseje (se constituye en todo caso en Instituciones Penitenciarias y la Dirección General de Tráfico). Las Mesas Delegadas también

también a numerosas Comunidades Autónomas<sup>72</sup> –y Corporaciones Locales a través de la adhesión de la FEMP– ya que adoptaron sin reservas el contenido del acuerdo estatal en un Acuerdo autonómico, aunque, hasta el momento, y salvo error u omisión, no ha sucedido lo mismo con el actual<sup>73</sup>.

#### 4. LA DETERMINACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL DEL PERSONAL LABORAL

Desde los inicios de la presencia de personal laboral en la Administración Pública se constató, al menos desde un punto de vista formal, que la negociación colectiva del mismo se regía por lo dispuesto en el Título III Estatuto de los Trabajadores. Este punto de partida se sustentó no en la existencia de una norma laboral que expresamente así lo señalara, sino en que el art. 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado –vigente hasta el EBEP– reenviara al Derecho Laboral el régimen jurídico del personal sometido a la Administración Pública bajo este carácter<sup>74</sup>. Por su parte, el EBEP, ha mantenido esta regla pues tras enunciar en su art. 15 que los empleados públicos, en sentido unívoco, tienen el derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo, el art. 32 especifica que “la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”. Es decir, que salvo en el supuesto de constitución de las nuevas mesas de negociación –la unitaria y las conjuntas del art. 36 EBEP – y en el art. 38.8 que hace referencia al distinto carácter y efecto de lo negociado en ellas según se aplique lo acordado al personal funcionario o laboral, la legislación aplicable continuará siendo la laboral y con ella la regla general antevista.

---

se constituirán en el ámbito de los organismos y entidades públicas donde se podrá negociar no sólo las mismas materias que en la Mesa General sino, también, las que resulten específicas de cada ámbito concreto.

<sup>72</sup> Un comentario al Acuerdo andaluz puede verse en Del Rey Guanter, S.: “La ordenación de la negociación colectiva en el Acuerdo para Modernizar la Administración Pública de la Junta de Andalucía y Mejorar las condiciones de trabajo”, *Temas Laborales* n° 28, 1993.

<sup>73</sup> Sobre este Acuerdo puede verse Marín Alonso, I.: “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP”, REDT, en prensa.

<sup>74</sup> Con carácter previo, la Ley de Convenios de 1958 excluyó a la Administración Pública de su ámbito de aplicación al entender que ésta no podía vincularse con su personal mediante convenios colectivos al no estar representada en la Organización Sindical y que, además, no podía celebrar convenios de empresa en tanto este tipo de convenio se celebraba en el seno de los jurados de empresa que no estaban constituidos en la Administración Pública –salvo en las empresas públicas–. Al respecto puede consultarse a Fernández González, V.: “Sobre la aplicación de los convenios colectivos sindicales del personal dependiente de la Administración Pública”, RPS n° 71, 1966, págs. 58 y ss.

No obstante, desde una perspectiva práctica, la anterior regla general siempre se ha modulado en atención a las especialidades del empleador público. Así, respecto de la estructura de la negociación colectiva, el art. 83.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que las partes son libres para determinar el ámbito de aplicación del convenio colectivo, si bien cuando una de esas partes es la Administración Pública, ésta no disfruta de la misma libertad que los sujetos privados en tanto debe ceñirse a su propia organización administrativa marcada por leyes del mismo carácter que hacen harto difícil su adaptación a los ámbitos tradicionales en que se ha basado el ET, es decir, el ámbito de empresa y de sector<sup>75</sup>. De hecho, las reglas de legitimación establecidas en el art. 87 ET también condicionan indirectamente la estructura de la negociación colectiva laboral en la Administración Pública pues al no tener la Administración Pública la consideración de asociación empresarial no puede, en principio, celebrar convenios colectivos de ámbito supraempresarial<sup>76</sup>.

Se señala además por la doctrina laboralista que, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, también es discutible que partes externas a la propia Administración Pública puedan condicionar la estructura y lo negociable en el nivel escogido a través de otros procesos negociales (v. gr. acuerdos interprofesionales generales o para sectores específicos) pues, en tal caso, al no estar la Administración Pública incorporada a las asociaciones empresariales, faltaría la necesaria legitimidad para representar al personal laboral de las mismas<sup>77</sup>.

Descendiendo al plano convencional en Andalucía, ha de señalarse que la negociación colectiva del personal laboral en esta Administración Pública se encuentra fuertemente centralizada pues existe un convenio general y único para todo el personal al servicio de la Junta de Andalucía. En efecto, el VI Convenio colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía<sup>78</sup> mantiene una

<sup>75</sup> Al respecto pueden verse algunos vaivenes en los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sobre la consideración como negociación de empresa pueden verse las Sentencias de 4 de octubre de 1988 –RJ 1988/7525–, de 15 de febrero de 1993 –RJ 1993/1164– o de 7 de julio de 1997 –RJ 1997/6251–; en contra, y a favor de su consideración como sectorial pueden verse las SSTs de 4 de febrero de 1998 –RJ 1998/1438–, de 14 de junio de 1999 –RJ 1999/5216–. Un estudio sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial puede consultarse en Torrents Margalef, J.: “Las singularidades de la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas”, AA.VV., Manual Jurídico de negociación colectiva, Dir. Valdés dal Ré, La Ley, 2008, pág. 1257. También, Tarabini-Castellani Aznar, M.: “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas”, AA.VV., El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Coord. Pérez de los Cobos y Goerlich, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 701.

<sup>76</sup> No obstante, cuando en la práctica negociadora se supera el ámbito de una concreta Administración Pública se entiende por algún pronunciamiento judicial que se trata de la negociación de una pluralidad de empresas y no de una negociación de sector. Véase la STS de 21 de octubre de 1997, Ar. 8083 en el marco de una negociación colectiva aplicable a varias Universidades Públicas.

<sup>77</sup> Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva en la Administración andaluza”, ob. cit., págs. 56-58.

<sup>78</sup> Resolución de 22 de noviembre de 2002 (BOJA de 28 de noviembre de 2002). Este convenio ha sufrido algunas modificaciones como la introducida por la Resolución de 5 de

voluntad omnicomprendiva y uniformadora de condiciones de trabajo para todo el personal de esta Administración Pública<sup>79</sup>, evitando además una negociación en cascada hacia niveles inferiores<sup>80</sup>. No obstante, esta regla general también ha sido excepcionada en numerosos e importantes supuestos, bien a través de la exclusión de determinado personal en el ámbito de aplicación del acuerdo<sup>81</sup> o a través de la privatización de determinados servicios<sup>82</sup>.

---

diciembre de 2003 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del acuerdo de modificación del artículo 35 del VI Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA nº 241 de 16 de diciembre de 2003) y su corrección de errores publicada en el BOJA nº 101 de 25 de mayo de 2004; la Resolución de 25 de mayo de 2005 de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social (BOJA nº 110 de 8 de junio de 2005) que introduce modificaciones en el sistema de clasificación profesional; la Resolución de 5 de septiembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo de 13 de junio de 2007, de la Comisión del VI Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de modificación del art. 29 del VI Convenio (BOJA nº 185 de 19 de septiembre de 2007); y, asimismo, mediante la misma Resolución se acuerda modificar el Acuerdo de 5 de abril de 2005 por el que se introducen diversas modificaciones el sistema de clasificación profesional (BOJA nº 185 de 19 de septiembre de 2007).

<sup>79</sup> El art. 2 del VI Convenio Colectivo del personal al servicio de la Junta de Andalucía señala 2 que “las normas contenidas en el presente Convenio Colectivo regulan las condiciones de trabajo de todo el personal que, con relación jurídico laboral, preste sus servicios y perciba sus retribuciones con cargo a las dotaciones presupuestarias aprobadas para el personal laboral en el Estado de Gastos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía...”; conforme al art. 1 su ámbito funcional se extiende “a todo el de la actividad propia de la Administración de la Junta de Andalucía, realizada en todos sus centros y dependencias, Organismos Autónomos y servicios de ella dependientes”.

<sup>80</sup> Al respecto, Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva en la Administración andaluza”, *ob. cit.*, pág. 69.

<sup>81</sup> El art. 3 del VI Acuerdo Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía excluye: a) al personal laboral que presta servicios en las Instituciones Sanitarias dependientes del Servicio Andaluz de Salud; b) al personal con contrato laboral que preste sus servicios en empresas públicas, sea cuál sea la participación de la Junta de Andalucía en las mismas; c) a los profesionales con contratos de trabajo específicos que no tengan el carácter de contratado laboral; d) al personal que preste sus servicios en empresas públicas o privadas cuando las mismas tengan suscrito contrato de obras o servicios con la Junta de Andalucía u Organismos Autónomos de ella dependientes, de acuerdo con la legislación estatal vigente en materia de contratos administrativos de las Administraciones Públicas, incluso en el caso de que las actividades de dicho personal se desarrollen en los locales de las unidades administrativas de la Junta de Andalucía; e) al personal temporero eventual para labores agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras que verá regulada su relación laboral por los convenios colectivos de aplicación en cada caso y la legislación laboral común, y que se acogerá a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que correspondan en cada caso; f) al personal becario, de colaboración social y cualquier otro personal sometido a fórmulas de prestación de servicios no estrictamente laboral.

<sup>82</sup> Entre otros, conforman una unidad negocial autónoma, no centralizada aunque dependiente de la Consejería, los siguientes entes: la Empresa Pública del Suelo, la Empresa Pública para el desarrollo Agrario y Pesquero de Andalucía, la Escuela Andaluza de Salud o la Empresa Pública de deporte andaluz.





# EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN ANDALUCÍA DE LA MADERA Y HOSTELERÍA

M<sup>a</sup> INMACULADA BENAVENTE TORRES

*Profesora Titular de Escuela Universitaria  
de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*

ANTONIO COSTA REYES

*Profesor Contratado Doctor de  
Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Negociación Colectiva, Madera, Hostelería**

En el presente artículo se abordan dos sectores que constituyen importantes ejemplos de negociación colectiva articulada, los concretos problemas que se suscitan en la relación entre los distintos niveles de regulación convencional, la calidad de sus contenidos y la orientación de los esfuerzos negociadores.

## ABSTRACT Key Words: Collective Bargaining, Wood, Hotel and Restaurant Trade

This article deals with two sectors that are significant examples of articulated collective bargaining, the specific problems that arise in the relationship between the different levels of conventional regulation, the quality of its contents and the direction of bargaining efforts.

## ÍNDICE

1. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA MADERA EN ANDALUCÍA
  - 1.1. Las reglas de estructura en el III Convenio Estatal de la Madera
  - 1.2. La articulación y negociación del sector en Andalucía
    - 1.2.1. Las materias reservadas al Convenio Estatal conforme al art. 4.1º a) del III CEM y art. 84.3º ET
    - 1.2.2. Las materias reservadas al nivel estatal con carácter “obligacional” por el art. 4.1º.b) del III CME
2. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA
  - 2.1 Introducción. Modelo negocial y naturaleza del ALEH
  - 2.2. Estructura de la negociación en el sector y reglas de articulación y concurrencia
  - 2.3. Contenido negocial
    - 2.3.1. Clasificación profesional y movilidad funcional
    - 2.3.2. Periodo de prueba
    - 2.3.3. Contratos Formativos
    - 2.3.4 Régimen disciplinario
    - 2.4.5. Seguridad y salud laboral
    - 2.3.6. Otras materias: Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario, igualdad y conciliación, formación profesional y premios de jubilación

## 1. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA MADERA EN ANDALUCÍA

### 1.1. Las reglas de estructura en el III Convenio Estatal de la Madera

El III Convenio Estatal de la Madera<sup>1</sup> (en adelante III CEM), ha sido suscrito el 11 de octubre de 2007, por la Confederación Española de Empresarios de la Madera, en representación de las empresas del sector, por la Federación Estatal de Construcción, Madera y Afines de CCOO y por la Federación Estatal del Metal, Construcción y Afines de UGT. Su aplicación general está prevista desde el día siguiente a la publicación del mismo en el BOE, retrotrayéndose sus efectos al día 1 de enero de 2007, y hasta 31 de diciembre de 2011, con lo que se encuentra plenamente vigente.

Respecto de la estructura de la negociación colectiva del sector, el III Convenio Estatal de la Madera se reconoce negociado al amparo del art. 83.2 ET, siendo consiguientemente un Convenio Marco a tales efectos vinculantes. Como viene siendo tradicional en el sector<sup>2</sup>, el convenio diseña la estructura de

<sup>1</sup> Publicado en el BOE de 7/12/2007.

<sup>2</sup> El actual convenio ha sido precedido por el II Convenio Estatal de la Madera (BOE 24 enero 2002, núm. 21), y el Convenio Estatal de la Madera (BOE 20/5/1996), que vino a sustituir a la Ordenanza Laboral para la Industria de la Madera de 28 de julio de 1969, salvo en las materias que expresamente remitiese este Convenio a la misma.

la negociación en varios artículos y en tres niveles, a saber: el convenio estatal; los convenios colectivos de ámbito territorial inferiores, que como novedad en este convenio se identifican claramente con los autonómicos o provinciales; y los convenios de empresa (art. 3). En cuanto a lo que podría parecer una alternativa entre el nivel autonómico y el provincial, no puede sino considerarse ambos niveles como sumatorios y no exhaustivos, puesto que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y como insistiremos más adelante no cabe disponer a través del acuerdo o convenio marco de las previsiones del art. 84.2º ET.

La distribución de materias entre los distintos niveles de negociación se hace en el art. 4 del Convenio. Concretamente se reservan para la negociación de ámbito general estatal las materias previstas en el art. 84.3º ET: modalidades de contratación (excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa), períodos de prueba, clasificación profesional y niveles, movilidad geográfica, y régimen disciplinario. No hay nada que objetar al respecto pues resulta evidente que esta reserva material a favor del nivel superior es legítima. No obstante resulta llamativo que no se haya hecho reserva aquí de las normas mínimas sobre seguridad y salud laboral, para recogerse, en cambio tal reserva a favor del nivel estatal en el apartado 1ª.b) de dicho art. 4 del convenio.

Sí es cuestionable, como dejó en evidencia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004<sup>3</sup>, la distribución de materias que acto seguido viene a hacer el referido precepto del convenio. Concretamente reservan para el nivel estatal con “carácter obligacional y en exclusividad”: la movilidad funcional; las condiciones generales de ingreso; normas generales de ordenación del trabajo y productividad; jornada anual, licencias, permisos y excedencias; conceptos, estructura de las percepciones económicas y la fijación del incremento salarial correspondiente a cada año de vigencia del convenio, cuya concreción y aplicación sí corresponde a los convenios de ámbito territorial inferior; órganos de representación de los trabajadores en la empresa y derechos sindicales; preavisos y ceses; salud laboral y prevención de riesgos; formación en materias no reservadas a ámbitos inferiores; y cláusula de descuelgue. Consiguientemente sólo quedan para los convenios territorialmente inferiores aparte de las ya referidas (art. 4.2ª): -obviamente- el contenido obligacional de los convenios; el calendario de distribución de la jornada anual de trabajo efectivo; acuerdos puntuales sobre productividad y rendimiento; horas extraordinarias; vacaciones y descansos; prestaciones complementarias a la Seguridad Social; órganos de representación colectiva y derechos sindicales; absorción y compensación de salarios; y cualesquiera otras materias no reguladas en el convenio estatal o remitidas a ellas. No se hace aquí reserva material alguna

<sup>3</sup> RJ. 1373, que confirma la S.AN. 20/10/2002, AS. 2003/501.

para los convenios de empresa, tan sólo la competencia genérica en el art. 3 de que desarrollarán las materias específicas de la misma.

Como puede comprobarse la reserva material a favor del ámbito estatal excede con creces de las previsiones del art. 84.3º ET, con lo que tendría que considerarse eficaz tan sólo respecto de los convenios sectoriales inferiores que no alcancen las mayorías exigidas por el art. 84.2º ET y así como de los convenios de empresa. Son muchos los pronunciamientos judiciales que podrían traerse a colación, pero qué mejor para reseñar que la ya referida sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2004 que resuelve precisamente y en ese sentido respecto del precedente –y prácticamente idéntico– art. 4.1ª.b) del II CEM. Dicha sentencia declaró que el inciso «movilidad funcional», entonces incluido en la letra a) y la integridad de la letra b), ambos del art. 4.1ª, del II CEM, son nulos y carecen de vigor, virtualidad y eficacia, en relación con aquellos convenios colectivos, o acuerdos colectivos que, refiriéndose, también, al sector de derivados de la madera, sean de ámbito inferior al estatal, pero superior al de empresa, siempre que estos convenios o acuerdos cumplan los requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84 ET y en cuanto no traten de la regulación de las materias que detalla el párrafo tercero del mismo artículo<sup>4</sup>. En esta sentencia, como en tantas otras, el Tribunal Supremo mantiene la indisponibilidad del art. 84.2º y 3º por dichos acuerdos o convenios marco. Ello conlleva la ineficacia de las cláusulas reguladoras de materias no incluidas en el párrafo 3º de dicho precepto, y de sus correspondientes reglas de estructura del convenio de ámbito superior respecto de tales convenios evasivos o, más ampliamente, cualificados del art. 84.2º ET. Pero a la inversa, los convenios marco sí tienen plena fuerza vinculante dentro de su ámbito respecto de los convenios de empresa o de ámbito inferior, como los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84 ET<sup>5</sup>. Es de destacar que este cuerpo de doctrina se inicia con la

<sup>4</sup> Previamente, ya se aprecian pronunciamientos judiciales en los que se reconoce la preferencia aplicativa del convenio provincial aprobado por mayoría cualificada (art. 84.2º ET) respecto de materias como el preaviso: S. JS. núm. 6 Alicante 17/9/2001 (AS 2001\3398) [pese a no regular el preaviso no se aplica el convenio nacional pues el art. 9 del convenio provincial dispone que: «En lo no previsto en este Convenio, se estará a lo dispuesto en la legislación general y en la Ordenanza Laboral para las Industrias de la Madera»]. Véase también S. TS. 7/11/2005, RJ. 2006/1302.

<sup>5</sup> Por todas: SS. TS. 7/11/2005, 2006/1302; 1/6/2005, 7320; 26/1/2004, 1373; 27/3/2003, 5163; 18/12/2002, RJ. 2003/234; 17/10/2001, 2002/3075; 3/11/2000, 9631; que reproducen todas ellas Sala en la sentencia de 22 de septiembre de 1998, 7576. Por la doctrina, por ejemplo: A. Baylos Grau, “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 84 y 84)”, REDT, nº 100, 2000, pág. 1472; A. Martín Valverde, “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las leyes laborales”, Tomo XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 90 a 95.

sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, que aborda la nulidad de los arts. 5, 8 y 10 del Convenio de la madera del 96. Esta sentencia, como expresamente señala, no se pronuncia sobre el art. 4 de distribución de competencias materiales interniveles, en tanto dicho precepto no fué impugnado como vemos hasta más adelante. Aún así, entonces ya era obvio que eran predicables respecto de aquél idénticas consecuencias de ineficacia para los convenios inferiores cualificados ex art. 84.2º ET. A consecuencia del referido pronunciamiento judicial los artículos afectados fueron rectificadas el 9-12-1998<sup>6</sup>, manteniéndose la nueva redacción hasta la fecha.

Estas correcciones judiciales respecto de los citados preceptos de estructura en sus antecedentes explican que la movilidad funcional haya pasado al art. 4.1ª.b en el III CEM, y que la reserva de las materias que en él se incluyen se haga novedosamente con carácter meramente obligacional. Parece claro que existe una resistencia del convenio estatal a abandonar sus pretensiones de dominio de los convenios supraempresariales en tales campos. Sin embargo la solución que han encontrado los negociadores para eludir en lo posible el cambio puede conllevar al menos a nivel teórico otros problemas aún más graves.

Así es, la introducción de esta importante novedad frente a sus ediciones anteriores, es decir, la de declarar el carácter obligacional del art. 4.1ª.b, seguro persigue salvaguardar su licitud habida cuenta de las intervenciones judiciales respecto de los arts. 4, 5, 8 y 10 de los textos precedentes. El referido art. 4.1ª.b) debe ponerse en conexión con el art. 5, conforme al que las partes firmantes renuncian expresamente al ejercicio de lo previsto en el art. 84.2 ET respecto de las materias incluidas en aquél<sup>7</sup>. Desde luego, con la maniobra no se ha logrado, en mi opinión, garantizar la legalidad del precepto, toda vez que, como también ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, el carácter de norma de derecho necesario del art. 84.2º ET priva de eficacia, virtualidad y fuerza anulatoria a pactos similares al del comentado art. 5<sup>8</sup>. Con

<sup>6</sup> BOE 23/1/1999.

<sup>7</sup> El precepto originario en el convenio del 96 tenía el siguiente tenor literal: << En cumplimiento de las exigencias formales previstas por el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, se manifiesta que no podrán ser objeto de negociación en los ámbitos inferiores las materias reservadas a este Convenio Colectivo General y así enumeradas en el artículo 4.1.ª, a) y b) del mismo, así como las que se reserven en el futuro a dicho ámbito. Consiguientemente las partes firmantes del siguiente Convenio renuncian expresamente al ejercicio, en las unidades de negociación de ámbito inferior al de este Convenio, de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con las materias contempladas en el apartado b) del artículo 4>>.

<sup>8</sup> SS. TS. 27/3/2003, 5163 y 17/10/2001, 2002/3075. Incluso se reconoce que la S. TS. 22/9/1998, ya referida recoge una cláusula de renuncia prácticamente igual –y que incorporaba el último inciso del originario art. 5 y que es hoy, precisamente el texto que se mantiene- a la que se examina en el caso. En este sentido, véase: F. Navarro Nieto, “La estructura de la negociación colectiva en España. Problemática jurídica y experiencias contractuales”, ponencia a las XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Antequera 20 y 21 de noviembre de 2008, policopiado, págs. 50 y 51.

mayor claridad si cabe, la SAN de 5 de diciembre de 2003<sup>9</sup> declaró que “no puede reconocerse virtualidad ni eficacia, dentro de un Convenio Colectivo estatutario, a aquéllos pactos o contratos que lo contradigan, sea cual sea su eficacia, sin que ello suponga torcer la voluntad de las partes afectadas que, siempre, podrán pactar o no en la forma que estimen conveniente, pero no expresarlo dentro de un Convenio Colectivo que, aún en su contenido obligacional, tiene la fuerza de ley que le otorga el artículo 82.3) ET”. Por consiguiente, ambas disposiciones aún de carácter pretendidamente obligacional y limitado por tanto a las partes firmantes, deben reputarse igualmente ineficaces<sup>10</sup>.

Pero los graves problemas que me he referido y que ahora pueden plantearse son otros. La actual redacción del precepto y su atribución de carácter obligacional, en definitiva, de compromiso entre las partes firmantes, puede tener efectos colaterales. Así es dudoso, habida cuenta de la literalidad del precepto, que pueda mantenerse, a diferencia de lo que sucedía bajo las precedentes redacciones, que tal reserva material sea efectiva de manera imperativa respecto de los convenios de empresa y sectoriales que no cumplan los requisitos de legitimidad del art. 84.2º ET. y, aún más, con independencia de quiénes sean sus negociadores. Y, caso de incumplimiento de tales compromisos, ¿cuáles serían sus efectos sobre los convenios inferiores?. Más allá de las responsabilidades civiles o patrimoniales, por su propio carácter parece que estaría descartada la nulidad de las cláusulas contrarias a dicha estructura o la aplicación inmediata de sus reglas no recepcionadas. Para lograr este efecto se requiriere entonces de un esfuerzo interpretativo que pueda soslayar tal inconveniente a la luz de la auténtica voluntad de los negociadores, a lo que podría colaborar sin duda el examen de los actos previos o posteriores a la regla, a su contexto y antecedentes históricos (arts. 3, 1281 y ss. CC). El precepto podría tener en tal caso una doble naturaleza, normativa (como parece ser la calificación habitual de tales cláusulas con independencia de su formulación literal<sup>11</sup>)

<sup>9</sup> JUR 2004/205567.

<sup>10</sup> M. Tarabini-Castellani Aznar, “Madera”, en AAVV –F. Pérez de los Cobos–, “Experiencias de negociación colectiva articulada”, MTAS, Madrid, 2003, págs. 177 y 178.

<sup>11</sup> Véase: L.M. Camps Ruiz, “Estructura de la negociación colectiva”, en AAVV –dir. I. Albiol Montesinos–, “Contenido y alcance de las cláusulas obligacionales en la negociación colectiva”, Madrid, MTAS, 2005, págs. 160 a 162. Puede deducirse la naturaleza normativa de la cláusula de estructura, no sólo de pronunciamientos expresos en tal sentido, sino también de otros en que se tiende a mantener la vigencia de tales cláusulas durante la ultractividad con diversos argumentos: SS. TS. 10/4/2002, 5321 –que cita el referido autor como paradigmática dada la redacción del precepto convencional–; 10/10/2000, 9423; 18/2/1999, 2600 –claramente ésta les atribuye carácter normativo–]. Véanse también: S. AN. 24/4/2001, AS. 4121, así como el voto particular de la sentencia que la revoca: S. TS. 16/11/2002, 2003/2698. Sobre la vigencia de las cláusulas obligacionales véase, por ejemplo: S. TS. 20/12/1995, 9486. La calificación de la cláusula

para los casos referidos y pretendidamente obligacional para los convenios evasivos, con las graves limitaciones que antes hemos visto para su admisión y eficacia.

Continuando con los problemas de la calificación como obligacional de la distribución de materias del art. 4.1<sup>ª</sup>b) III CEM, cabría cuestionarse también su decaimiento en la ultraactividad. Nada dice el convenio estatal sobre el mantenimiento de las cláusulas de estructura de la negociación una vez alcanzada la finalización de su vigencia pactada (la denuncia es automática, art. 17). De hecho, en el art. 15 del Convenio Estatal se dispone la pervivencia exclusivamente de las cláusulas normativas, perdiendo su vigencia las obligacionales. No obstante, es muy posible que tal discusión haya perdido interés respecto de tales cláusulas de estructura ya que se han superado en gran medida por nuestros Tribunales las posibles consecuencias de decaimiento, bien como hemos visto por considerarlas como normativas, bien, sin pronunciarse sobre su naturaleza y aún cuando a la vista del referido art. 15 III CEM no sería quizá de aplicación al caso, por deducirse su vigencia del mantenimiento íntegro del convenio hasta su sustitución por otro<sup>12</sup>. En definitiva, tienden a mantener su vigencia de forma natural en los períodos de ultraactividad de los acuerdos o convenios marco, con lo que podría así eludirse su decaimiento en la ultraactividad.

Los restantes artículos relativos al régimen de la estructura negocial son los que versan sobre complementariedad, concurrencia y jerarquía (arts. 7, 8 y 10), que en gran medida carecen de interés en tanto a partir de la modificación de su redacción tras la sentencia de 22 de septiembre de 1998 han quedado reducidos a su mínima expresión sin innovación ni adaptación alguna respecto de las reglas generales previstas en el art. 84 ET, y asume por supuesto la superioridad jerárquica del convenio estatal, siempre en el marco de la legalidad.

---

sula no depende de la voluntad de las partes sino de su auténtica naturaleza: A. Martín Valverde, "Régimen jurídico de las cláusulas de los Convenios Colectivos según su carácter normativo u obligacional", II Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTSS, Madrid, 1990, pág. 52.

<sup>12</sup> Véase nota anterior. El decaimiento a partir de la denuncia del convenio –y no sólo en la ultraactividad– de las cláusulas obligacionales ligadas a la apertura de un nuevo proceso de negociación viene exigido por la propia lógica de la negociación. No obstante es posible por voluntad de los negociadores mantener vigente el convenio en su integridad tras su denuncia y pérdida de vigencia, incluidas las cláusulas de paz (I. Albiol Montesinos, "La denuncia del convenio colectivo", en aavv –Coord. F. Pérez de los Cobos y J.M<sup>ª</sup> Goerlich–, "El régimen jurídico de la negociación colectiva en España", TB, Valencia, 2006, págs. 496-500). No obstante, parece rechazar la posibilidad de extensión –exclusivamente– de las cláusulas de paz las SS. TS. 20/12/1995, 9486 y de 22/9/1982, 5058, [al respecto y en este sentido: E. Terradillos Ormaetxea, "Límites externos al ejercicio del derecho de huelga y las huelgas <<ilícitas>>", en aavv –coord. A. Baylos Grau–, "Estudios sobre la huelga", Bomarzo, Alicante, 2005, pág. 65]. Respecto de las restantes cláusulas obligacionales las posturas son aún más flexibles, a la vista de la amplitud del género y de

Sí resulta mucho más interesante el art. 6 que dispone que “Los Convenios de ámbito inferior que estén vigentes en el momento de la entrada en vigor de este Convenio Colectivo general mantendrán su vigencia, en todo su contenido, hasta la finalización de la misma, salvo que por acuerdo de las partes decidieran acogerse a las nuevas condiciones definidas en este Convenio. A estos efectos de adaptación de los citados convenios de ámbito inferior, la entrada en vigor del Convenio estatal será al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. El precepto no aclara qué deba entenderse por finalización de la vigencia de los convenios inferiores. En mi opinión nada induce a interpretar que se trate de un respeto limitado a la vigencia inicial, pues tal exégesis restrictiva sólo estaría amparada si expresamente así se hubiese indicado. Al referirse sin más a vigencia y puesto en relación con un convenio marco que como tal incluye cláusulas para convenir, parece más acertado inferir que abarca tanto a la vigencia inicial, como a la prorrogada y la ultra-activa<sup>13</sup>. Es sólo a partir del momento de la denuncia del convenio inferior hecha con posterioridad a la entrada en vigor del convenio marco, cuando surge el deber de someterse a los dictados de aquél, en tanto no se ha hecho en el mismo previsión expresa en contrario ex art. 84.1 ET.

## 1.2. La articulación y negociación del sector en Andalucía

En Andalucía, el nivel territorial inferior de negociación se organiza a través de los convenios provinciales del sector que conviven en algunas provincias con otros subsectoriales. Cuentan con convenio provincial del sector de la madera negociados con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio Estatal: Almería [Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera], Cádiz [Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz], Córdoba [Convenio del sector de la Madera de Córdoba], Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva] y Sevilla [Convenio Colectivo del sector de Madera de Sevilla]<sup>14</sup>. Tan sólo por unos meses, es anterior a la entrada en vigor del Convenio Estatal, el convenio

---

la labilidad de la regulación legal (arts. 86.3 y 85.3.d) ET) en manos de la convencional sobre la denuncia y sus efectos (véase por ejemplo: F. Rodríguez-Sañudo Gutierrez, “Vigencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AAVV –dir. E. Borrajo Dacruz–, “Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores”, T. XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, págs. 174 a 177).

<sup>13</sup> M. Tarabini-Castellani Aznar, “Madera”, cit., pág. 174.

<sup>14</sup> BOs. Almería 19/5/2008; Cádiz 27/6/2008; Córdoba 20/11/2008; Huelva 28/5/2008; Sevilla 6/2/2008.



sectorial de Jaén [Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén]<sup>15</sup>. Y mucho más antiguos, sometidos a revisiones periódicas de los salarios y calendario, tenemos los convenios de Granada 01/04/1999-31/03/2000 y Málaga 01/01/2000-31/12/2001<sup>16</sup>. Respecto de éstos las referencias en este estudio serán muy puntuales por razones evidentes de asincronía legislativa. En cuanto a los convenios subsectoriales, no son muy abundantes: el Convenio Colectivo para el comercio del mueble de Cádiz, el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva, y el Convenio Colectivo de Comercio del Mueble de Jaén<sup>17</sup>. Pese a las dudas que puedan suscitarse, la reseña –y nos limitaremos a ello– de los citados convenios de comercio del mueble se justifica por la inclusión en el ámbito funcional del III CEM de la actividad de intermediación en el comercio de la madera y por la negociación del primero de los citados por la Federación de Empresarios de la Madera de Cádiz, sin que corresponda ahora hacer un análisis específico de las dudas que puedan suscitarse sobre el ámbito funcional del convenio estatal<sup>18</sup>. Es de destacar el esfuerzo realizado en Sevilla desde 2005 para la unificación en un solo convenio de sector de los precedentes subsectoriales, respetando las diferencias y singularidades que aquéllos recogían a través de Anexos. Como veremos este convenio también destaca frente a los demás provinciales por su mejor ajuste a las reglas de estructura deducibles del art. 84.3º ET, en definitiva, por la ausencia de reproducción de tales materias reservadas conforme a aquél por el III CEM, centrando sus esfuerzos en las competencias que realmente pueden asumir.

### 1.2.1. *Las materias reservadas al Convenio Estatal conforme al art. 4.1ºa) del III CEM y art. 84.3º ET*

Es necesario recordar que los convenios inferiores posteriores al III CEM están obligados a respetar sus previsiones respecto de tales materias. Es más, el

<sup>15</sup> BO. Jaén 6/7/2007.

<sup>16</sup> B.Os. Granada 01/7/1999; BO. Málaga de 22/11/2000.

<sup>17</sup> BOs. Cádiz 3/11/2008; Huelva 2/3/2006; Jaén 8/9/2008.

<sup>18</sup> De conformidad con el art. 11 y Anexo I del III CEM –relación no exhaustiva–, su ámbito funcional abarca las actividades de la industria de la madera y el mueble, incluidas las empresas y todos sus centros de trabajo que sin estar incluidas en la anterior relación, tengan como actividad principal dicha industria, de acuerdo con el principio de unidad de empresa. No parece decisiva la modificación del listado en el III Convenio respecto del precedente. No obstante, conviene recordar que también fue impugnado el punto 22 del Anexo I del II Convenio Estatal de la Madera, respecto de las actividades de <<Cestería, muebles de junco, médula y mimbre>>, y que fue desestimada por la S. TS. 7/11/2005, 2006/1302. Véase también, sobre el ámbito funcional del convenio, por ejemplo, la S. TSJ Galicia 15/4/1994, 1765.

Tribunal Supremo ha venido a afirmar la prohibición de tal regulación por los convenios inferiores, correspondiendo en caso contrario la sanción de nulidad de sus cláusulas, sin posibilidad de recuperación de su eficacia y validez una vez denunciado aquél<sup>19</sup>. Pero los convenios provinciales del sector en Andalucía, como decimos salvo el caso de Sevilla, vienen sistemáticamente reproduciendo íntegra o parcialmente el III CEM en estas materias sin completar —a veces— cuando son requeridos para ello, sus previsiones. En ocasiones como veremos incluso se separan de aquélla, lo que claramente merecerá la referida sanción de nulidad.

**a) Modalidades de contratación.** Respecto de esta materia es de rigor tratar de identificar los límites de la preferencia aplicativa y consiguiente posible reserva a favor del convenio estatal. El art. 84.3º ET, y en consonancia el art. 4.1º.a) del III CEM, establecen el límite en los aspectos que sean de adaptación al ámbito de la empresa. La contradictoria remisión de tal adaptación a un convenio supraempresarial no puede interpretarse ampliamente a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2000<sup>20</sup>, que precisamente se pronuncia en términos muy restrictivos sobre un caso de concurrencia entre convenio provincial del art. 84.2º ET y el convenio estatal de la madera. Conforme a dicha doctrina, el convenio provincial bajo tal autorización no puede pretender una regulación sectorial que modifique al estatal, requiriéndose que ésta esté pensada, justificada, en función de su adaptación a empresas determinadas.

El convenio nacional dedica a ellas los arts. 23, y 25 a 30, y aborda el contrato fijo de plantilla, los contratos formativos, (la jubilación obligatoria), el contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, la jubilación parcial, los contratos eventuales por circunstancias de la producción, el contrato para obra o servicio determinado. Los convenios provinciales de sector, con la salvedad del convenio de Sevilla que se limita a remitirse a la regulación del III CEM (arts. 7 y 27), en términos generales vienen a reproducir la regulación del convenio estatal, en ocasiones incluso la remisión a los convenios inferiores que en el estatal va dirigida precisamente a ellos con lo que persisten a veces los vacíos que deja aquél<sup>21</sup>. También es de destacar que esta

<sup>19</sup> SS. TS. 28/1/2004, 2180 y 19/7/2007, 2008/293.

<sup>20</sup> RJ. 9631. En similar situación y sentido, declara aplicable el convenio estatal: S. TSJ. País Vasco 18-1-2000, AS. 3262.

<sup>21</sup> Por ejemplo, en el contrato de prácticas (art. 25.1 III CEM) lo más destacado es la inversión de la preferencia legal del art. 11.1.a) a favor del sectorial estatal, en tanto el convenio remite al de ámbito inferior para la determinación de los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto del contrato. También el salario, dentro de los porcentajes estatutarios, lo

reproducción parece no tener siempre presente al actual convenio estatal, sino a su precedente de idéntico nivel<sup>22</sup>. Una regulación complementaria del contrato

---

remite al convenio de ámbito inferior que le sea de aplicación, lo que probablemente está en consonancia con el art. 84.2 y 3 ET. Pero algunos de estos convenios se limitan a reproducir el precepto convencional estatal, hasta el extremo que también ellos remiten formalmente a los convenios de ámbito inferior las funciones que se suponen deberían desempeñar [art. 15.1 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería y art. 27 del Convenio del sector de la Madera de Córdoba]. Otros al menos identifican claramente el salario de referencia para estos trabajadores [art. 20 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz; art.18 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén]. O asumen además la identificación de los puestos de trabajo susceptibles de ser objeto del contrato, aún en términos excesivamente amplios [art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva].

Algo similar ocurre en el contrato de formación (art. 25.2 III CEM), en que de nuevo los convenios provinciales abordan la regulación del contrato, limitándose prácticamente a su reproducción literal, si bien normalmente se ocupan de la fijación del salario en idénticos porcentajes a los fijados en el convenio estatal pese a que aquél les autoriza a su modificación.

En cuanto al contrato eventual, el art. 29 III CEM amplía su duración a 12 meses en un período de 18, de conformidad y con las preferencias previstas en el art. 15.1.b y 84.3º ET, sin identificar, no obstante, las actividades susceptibles de darse tal contratación ni los porcentajes en relación con el volumen global de la empresa. Se establece una indemnización por terminación de contrato superior a la del art. 49.1.c) ET, distinguiéndose en dos tramos según sean contratos de duración igual o inferior a 4 meses (15 días de salario) o superior a dicho período (20 días). Los convenios provinciales siguen la misma tónica de reproducción, introduciendo en alguna ocasión alguna originalidad de valor puramente explicativo [Art. 19 del convenio de Almería; Art. 26.B del convenio de Córdoba; Como es el caso de Cádiz, art. 20]. No obstante, véase nota siguiente.

<sup>22</sup> Por ejemplo, algún convenio muestra un desfase con respecto a las modificaciones introducidas en el art. 11.2.a) ET por el RD-L.5/2006, de 9 de junio, en consonancia, no obstante, con el texto del art. 25.2 del II Convenio estatal de la madera que reproducen: art. 19 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén y art. 13 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva que, por lo demás, se remite también al salario fijado por el convenio inferior de aplicación.

Respecto del contrato de sustitución por anticipación de la edad de jubilación y de la jubilación parcial, tampoco hay problemas de ajuste entre el convenio marco estatal y los sectoriales provinciales. No obstante, la reproducción del contenido es más frecuente en el caso de anticipación de la edad de jubilación –cuyo interés es nulo pues se limita a declarar su admisión– que en el de la jubilación parcial –mucho más interesante en tanto configura importantes derechos y deberes–, pues, no en vano ésta última no estaba presente en el II Convenio estatal [Las reproducen los arts. 17 y 18 del Convenio de Almería; art. 20 –anticipada– del convenio de Cádiz; art. 29 –jubilación parcial, reproducción con remisión al convenio estatal– del convenio de Córdoba; art. 14 –anticipación– y art. 9 –remisión general al convenio estatal– del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva; art. 20 –anticipada– Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén ; Anexo A.5. –anticipada– del convenio de Sevilla].

En cuanto al contrato eventual, también se observan disfunciones por tener presente el texto del II Convenio estatal dado que se recoge el plazo de 16 meses de aquél en lugar de los actuales 18. Es el caso justificado del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art. 21), y menos explicable de Huelva (Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva, art. 15) que ya nace bajo los designios del III Convenio.

de obra se encuentra tan sólo en el art. 26 del Convenio del sector de la Madera de Córdoba sin que sea probablemente susceptible de ser considerado adaptación a la empresa. Otras previsiones de los convenios provinciales sobre modalidades de contratación fundadas en el vacío regulador del convenio estatal son, por ejemplo, la relativa al porcentaje –exclusivamente, sin referencia alguna a otras condiciones como puedan ser las de distribución, forma y preaviso– de las horas complementarias del contrato a tiempo parcial indefinido del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz (art. 20).

**b) Período de prueba.** El art. 24 III CEM permite la fijación de un período de prueba sin que pueda exceder, distinguiendo en función de los grupos profesionales de: seis meses para el Grupo 1 y 2 (trabajadores con titulación universitaria de grado superior o medio o con conocimientos equivalentes); dos meses para los del grupo 3 y 4 (titulados de grado medio, técnicos especialistas, bachillerato y BUP); un mes para los trabajadores del grupo 5 (sin titulación o técnico auxiliar), y de 15 días para los trabajadores de los grupos 6 y 7. Pese a tratarse de una materia reservada a este nivel por el convenio estatal y conforme al art. 84.3 ET, los convenios provinciales, con la salvedad del convenio de Sevilla –que en su art. 7 se remite al estatal– y el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén que no recoge referencia alguna, incluyen una regulación del período de prueba que no se corresponde exactamente con aquélla. Por ejemplo, Cádiz no establece plazo de prueba para titulados universitarios. El Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería –que en todo lo demás reproduce el precepto del convenio estatal– y el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva cifran el período máximo para el equivalente a los grupos 6 y 7 en veinte días tal y como hacía el II Convenio Estatal y utilizando como aquél las titulaciones como referente. Córdoba, que sí asume el formato de

---

El contrato de obra sólo se podrá realizar para las actividades relacionadas en el art. 30 del convenio estatal (art. 15.1.a y 84.3° ET). Respecto de los convenios provinciales, estos reproducen [art.20 del convenio de Almería, art. 16 del convenio de Huelva, art. 22 del convenio de Jaén], otros, como es el caso del art. 20 del convenio de Cádiz, amplían añadiendo una causa genérica de contratación con algún error añadido provocado por la reproducción del II Convenio nacional.

Aún cuando no pueda considerarse modalidad de contratación y por tanto, no debe entenderse inmersa en el art. 84.3° ET, los convenios provinciales de Almería (art. 16), Cádiz (art. 18), vienen a reproducir igualmente la cláusula de jubilación forzosa del convenio estatal (art. 26), que llevará aparejada la adopción de medidas de transformación de los contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, o el sostenimiento del empleo. Quizá en los restantes no esté presente por un cierto desfase con el convenio actual, dado que en el II Convenio no se recogía dicha cláusula.

duración del período de prueba en función del grupo, fija para el grupo 2 un período de prueba de 3 meses y reduce el límite para un segundo pacto de período de prueba de 2 años –en el nacional– a 1.

**c) Clasificación profesional y niveles.** Los precedentes convenios estatales de la madera remitían a la clasificación profesional de la Ordenanza Laboral para las industrias de la Madera<sup>23</sup> en tanto se comprometían a negociarla para el futuro<sup>24</sup>. Se dividían entonces en cinco grupos: personal de monte, personal de fábrica o taller, personal subalterno, personal administrativo y personal técnico. Estos a su vez estaban divididos en subgrupos y/o categorías según las funciones que se realizasen dentro del grupo y la concreta actividad enmarcada en el ámbito funcional del convenio. No obstante, la Disposición Transitoria Segunda del II Convenio ya inició el cambio hacia una clasificación profesional en siete grupos con un solo salario para los trabajadores de cada uno de aquéllos para lo que se preveía la constitución de una Comisión Paritaria que le diese cumplimiento. La modificación en la clasificación profesional prevista en el II Convenio se llevó a cabo con el acuerdo y publicación del Capítulo sobre clasificación profesional de 16 de febrero de 2007<sup>25</sup>. A su vez el III convenio reproduce íntegramente dicho acuerdo<sup>26</sup>, que en su art. 40 pasa de un sistema de categorías profesionales a otro organizado en función de siete grupos profesionales (a los que se suman el grupo 0, equivalente a director o gerente) y sus divisiones funcionales (técnico, empleado y operario). Asume, así mismo, sus criterios de calificación de los puestos de trabajo, tabla de equivalencias para facilitar el tránsito (vid. Disp. Adic. Primera y Segunda), y el mecanismo o procedimiento de solución de controversias sobre interpretación del art. 40 ante la Subcomisión Paritaria de Clasificación Profesional como requisito previo a la vía administrativa o jurisdiccional competente, y su sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje del ASEC (art. 41). Los problemas de encuadramiento derivados del proceso de reclasificación se resolverán por la Comisión de Valoración de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (Disp. Adic. Segunda).

En materia de clasificación los convenios provinciales tienen que ajustarse al III CEM, pero no tienen vedada toda competencia al respecto. Así pueden

<sup>23</sup> Orden de 28 de julio de 1969 (BOE de 2 de septiembre de 1969, núm 210).

<sup>24</sup> Art. 37 del primer y del II Convenio estatal de la madera.

<sup>25</sup> BOE de 24 de marzo de 2007, núm. 72.

<sup>26</sup> Hasta el extremo, por ejemplo, que reproduce fechas anteriores a él para la constitución de la Comisión de Valoración de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional (D.A. Segunda). Tampoco parece decisiva la retroacción de su vigencia a 1 de enero de 2007, habida cuenta de estar a efectos salariales ya cubierto por el referido acuerdo.

precisar lo que en términos más básicos fije aquél en materia de funciones o, respetando la clasificación por grupos y consiguiente regulación de la movilidad funcional, complementar aquella con la identificación de las categorías profesionales que la integran<sup>27</sup>. En cualquier caso, lo que me parece claro es que una cuestión es la clasificación profesional por grupos que son susceptibles de reserva para el ámbito superior (art. 84.3º ET), y otra el salario que corresponda conforme tal clasificación, que queda en manos de los convenios evasivos del art. 84.2º ET. Sin embargo, el III Convenio como el acuerdo que le precedió por unos meses vinculan, o mejor identifican confusamente tal clasificación con la fijación de un salario mínimo por grupo profesional y año que pretende ser vinculante para los convenios inferiores (art. 40 y disp. transit. 2ª y adic. 3ª).

¿Qué sucede con nuestros convenios de ámbito inferior?. Para los convenios de empresa la nueva clasificación no es de aplicación inmediata. En el art. 40 expresamente se respeta hasta finalizada la vigencia del convenio de empresa, lo que está en coherencia con la regla general prevista en el art. 6. Aún después, “podrán negociar en lo relativo a la clasificación profesional lo que a sus intereses convenga, teniendo como marco de referencia el presente acuerdo, y a los exclusivos efectos de los convenios de empresa” y tendrán que respetar los mínimos salariales fijados por el convenio estatal. En cambio, respecto de los convenios provinciales no se hace esta precisión respecto de sus posibilidades negociadoras en clasificación profesional que según hemos expuesto comparten, y se dispone que su adaptación a los salarios mínimos por grupo tendrá que hacerse en el menor plazo de tiempo posible y, como corresponde, en cualquier caso, en el primer proceso de negociación que se inicie una vez finalice la vigencia de los convenios en curso (disp. adic. 3ª). En cualquier caso no se ha procedido a la adaptación en algunos convenios como el de Almería<sup>28</sup>, Huelva<sup>29</sup> y Sevilla (y por descontado, los de Málaga y Granada así como sus revisiones salariales), que desconocen la nueva clasificación, lo que se refleja, igualmente, en los niveles salariales de las diversas actividades de su ámbito

<sup>27</sup> Véanse: S. TS. 5/4/2001, 4886 y 18/12/2002, 2003/2344. Un sector doctrinal, no obstante, señala que el Tribunal Supremo no ha mantenido un idéntico rigor en la aplicación de la prohibición: F. Navarro Nieto, “La estructura de la negociación colectiva en España: problemática jurídica y experiencias contractuales”, cit., pág. 46. Para la diferenciación entre grupo, categoría y nivel, consúltese, por ejemplo: F. Alemán Páez, “El encuadramiento profesional”, MTSS, Madrid, 1995, págs. 144 y ss.

<sup>28</sup> Es más, su art. 32 reproduce el precedente art. 37 del II CEM, con lo que sencillamente se remite a la Ordenanza Laboral en tanto no se produzca la incorporación al convenio de la clasificación prevista en el convenio estatal.

<sup>29</sup> Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

funcional. Otros convenios, como el Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz, aún cuando no se ajustan al nuevo sistema de clasificación, sí recogen declaraciones de voluntad de adaptación y la constitución al efecto de una Comisión que fije los criterios y lleve a cabo tal adecuación en un breve plazo de tiempo y, en defecto de tal acuerdo su remisión a consulta a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo Estatal de la Madera–Subcomisión de Clasificación Profesional. O como el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén, mantienen silencio respecto del nuevo sistema de clasificación profesional o su adaptación, pero parecen seguir una línea de salario único por grupo fijando, sencillamente, el mismo para las categorías profesionales integrables en el mismo grupo conforme a las tablas de equivalencia<sup>30</sup>. El de Córdoba va más lejos, dado que ya asume el nuevo modelo de grupos profesionales y declara su voluntad de progresiva adaptación de los niveles salariales únicos por grupo, haciendo suyo así plenamente el modelo estatal (disp. adic. 6<sup>a</sup>).

**d) Movilidad geográfica.** Regulada en los arts. 43 a 45 del III CEM, no incluye grandes novedades respecto del convenio nacional precedente más allá de un aumento de los días de preaviso para los desplazamientos. Lo más destacable es la inclusión de un específico artículo para los traslados totales o parciales de la plantilla o instalaciones sin cambio de residencia, mejorando la redacción del anterior art. 41.3<sup>o</sup> que desaparece<sup>31</sup>. Los convenios provinciales en su conjunto vienen a ajustarse plenamente al convenio estatal en esta materia, reproduciendo alguno de ellos sin más la misma<sup>32</sup>. Aún cuando otros mantienen las redacciones precedentes<sup>33</sup>. Pero el la mayoría de los convenios no recoge precepto alguno sobre movilidad geográfica en estricto, es decir, aquella que supone cambio de residencia, limitándose a recoger el precio de las dietas.

<sup>30</sup> Véase tabla salarial para 2008 suscrita por la Comisión Paritaria el día 8 de febrero de 2008 (BOE 6-3-2008).

<sup>31</sup> Sobre las facultades de audiencia y consulta en casos de traslado total o parcial de las instalaciones, véase: S.TS. 29/3/2006, 3306. Por la doctrina, por ejemplo: R. Pérez Yañez, “Competencias consultivas”, en AAVV –coords. R. Escudero y J.R. Mercader- “Manual jurídico de los representantes de los trabajadores”, La Ley, 2004, págs. 146 a 150; C. Sáez Lara, “Representantes del personal y acción colectiva en la empresa”, en AAVV –Coords. A. Martín Valverde y J. García Murcia–, “Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social”, Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 385 y 386.

<sup>32</sup> Arts. 36 y 37 del Convenio de Almería.

<sup>33</sup> Art. 26 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y arts. 28 y 29 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

**e) Régimen disciplinario.** El convenio estatal recoge el régimen disciplinario en los arts. 81 a 85. También se ocupan algunos de los convenios provinciales de la fijación del régimen disciplinario, si bien de nula transcendencia por limitarse a una reiteración literal del estatal<sup>34</sup> con, a lo sumo, algún cambio puntual<sup>35</sup>. Lo más interesante y en solitario, lo aporta la Disposición Adicional III del convenio de Córdoba, aún mejorable por su escasez y necesidad de verse completado, pero al menos algo más cercano a la línea de intervención prevista en el art. 48 LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, al introducir una regulación, aún breve, del procedimiento de investigación y sanción en caso de acoso sexual.

### 1.2.2. *Las materias reservadas al nivel estatal con carácter “obligacional” por el art. 4.1º.b) del III CME*

Como ya se advirtió, estas materias pueden ser reguladas por el convenio marco estatal pero la estructura que fije y la regulación de las mismas no podrán suponer una vulneración del art. 84.2º y 3º ET. Consiguientemente, y con la salvedad hecha de las normas mínimas de seguridad e higiene en el trabajo, no cabe aceptar para tales convenios supraempresariales evasivos su reserva estatal ni la aplicabilidad de tal regulación salvo, claro está, remisión específica o con carácter general al convenio estatal, como sucede en la mayoría de los convenios provinciales analizados<sup>36</sup>. Muchas más dudas provocan los supuestos de vacío regulador del convenio inferior y posterior sin incorporación de remisión alguna al convenio marco, por cuanto aún cuando en estas situaciones no hay un flagrante conflicto que solventar ex art. 84 ET, podría considerarse, a tenor de las circunstancias de cada caso, una voluntad de exclusión de aplicación de cualquier otro convenio superior con remisión implícita a la legal<sup>37</sup>. También son innecesariamente problemáticas las frecuentes –en los convenios examinados– asunciones parciales sin cláusula específica de remi-

<sup>34</sup> Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

<sup>35</sup> Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y embriaguez ocasional. Elimina algunos supuestos de faltas el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva.

<sup>36</sup> Recogen, aparte remisiones específicas, una de carácter general declarando el carácter supletorio del Convenio Estatal: Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería (art. 84); Convenio del sector de la Madera de Córdoba (art. 5); Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art.4); Convenio Colectivo del sector de Madera de Sevilla (art. 27). No es el caso de los subsectoriales, así, el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva se remite como derecho supletorio a lo dispuesto en la Ley (art. 32).

<sup>37</sup> Véase: L.M. Camps Ruiz, “Estructura de la negociación colectiva”, cit., pág. 147.



sión al estatal, pues igualmente imponen un esfuerzo de exégesis para determinar, caso por caso, si su contenido está cerrado o debe integrarse con el del convenio marco. Aquí, como en las materias que el convenio marco reserva a los niveles inferiores, es donde las unidades de negociación provinciales podrían haber invertido sus esfuerzos negociadores, completando o innovando sobre el estatal, o separándose totalmente de él. Sin embargo la tónica es la misma, reiteración de contenidos, incluso desatendiendo las llamadas a los convenios inferiores por el acuerdo marco. No se llenan las lagunas del convenio estatal y ni tan siquiera hay un especial interés en el tratamiento del común de las materias. En términos generales, y como veremos seguidamente, cabe afirmar que el esfuerzo por la regulación particular se centra en aspectos contractuales inmediatos –algunos de ellos competencia de los convenios inferiores de conformidad con el art. 4 III CEM– como son calendario, licencias, permisos, vacaciones y en la fijación del salario. El tratamiento de la igualdad es también deficitario<sup>38</sup>.

**a) Movilidad funcional.** El art. 42 del convenio estatal se limita, como ya hacían sus precedentes, a remitirse al art. 39 ET. El cambio real se encuentra, por tanto, exclusivamente en la ubicación y naturaleza de la cláusula reguladora de la competencia del convenio nacional respecto de su regulación. Lo mismo hace el Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva y el Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería, aún cuando éste último se ocupa algo más de ella en tanto que si quiera se refieren a los ascensos aún sin incorporar una regulación propia (art. 34). Otros convenios como el Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz o el Convenio del sector de la Madera de Córdoba no abordan en absoluto los temas relacionados con la movilidad funcional, si bien éste último cuenta con una cláusula general de remisión al Convenio Estatal (art. 5).

**b) Condiciones generales de ingreso.** Se ocupan de ellas los arts. 20 (forma escrita del contrato), 21 (condiciones generales de ingreso) y 22

<sup>38</sup> La Disp. Adic. Sexta del Convenio Estatal fija las condiciones y términos en que debe desarrollarse la negociación y elaboración del plan de igualdad por las empresas. Nada vienen a decir los convenios provinciales al respecto, y a lo sumo alguno de ellos se limita a escuetas declaraciones de voluntad y principios respecto de las discriminaciones por razón de sexo y tratamiento del acoso sexual [Vid. Disp. Adic. Primera y Segunda del Convenio de Huelva y disp. adic. II del Convenio de Córdoba. No obstante éste último, en su disp. adic. III también aborda, como ya hemos dicho, sucinta pero con carácter normativo el procedimiento a seguir en caso de acoso sexual (vid. art. 48 LOI)].

(pruebas de actitud) del Convenio Estatal. No obstante, su contenido presenta un escaso interés por no aportar nada o muy poco a la regulación legal, siendo perfectamente prescindibles. Los convenios de Almería (arts. 10 a 12), y del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva (art. 8 a 10) reproducen literal e íntegramente tales preceptos sin introducir innovación alguna. De modificaciones de estilo podrían calificarse las que introduce el art. 20 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz. No aborda en profundidad estas cuestiones, salvo en alguna cuestión puntual el Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén, el Convenio del sector de Córdoba (art. 24), y el de Sevilla (art. 7).

**c) Jornada anual.** Los convenios provinciales vienen asumiendo la jornada máxima anual del convenio estatal: en 1760 horas para 2007 y 1752 horas para los años 2008 a 2011 –en este caso incluso el nuevo calendario del convenio de Granada<sup>39</sup>–. En cuanto a la distribución de jornada la mayor parte de los convenios recientes reproducen en todo –o casi todo– el estatal. En los convenios como el de Córdoba, Sevilla y del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén sin regulación específica al respecto deben entenderse remitidos al estatal. No le dedican mucho más esfuerzo a la regulación específica de la jornada los convenios provinciales. Otras cuestiones menos significativas se abordan en algunos –escasos– de ellos, siendo por lo demás competencias propias de ellos conforme al art. 4 III CEM, como son: previsiones sobre fiestas locales o en general de calendario, regulación de horas extras y, con mayor detenimiento, las vacaciones.

**d) Licencias, permisos y excedencias.** Previstas en los arts. 75 y ss. y Anexo II del Convenio Estatal, tan sólo son de destacar algunas mejoras en la duración de algunos permisos así como la creación de otros no previstos legalmente. La reducción de la jornada o su acumulación en jornadas completas del permiso por lactancia se hace depender del acuerdo con el empresario siempre que las necesidades de la empresa lo permitan. Es de destacar también el tratamiento de las reducciones o adaptaciones de jornada y horario de la trabajadora víctima de la violencia de género, dado que el convenio concreta los términos de ejercicio del derecho en cumplimiento del art. 37.7 ET. Los convenios provinciales han asumido en términos generales y salvo alguna excepción<sup>40</sup> la

<sup>39</sup> Calendario laboral para 2008, BOP Granada 21-10-2008.

<sup>40</sup> Así, el convenio de Jaén no recoge alguno de esos permisos del Estatal: matrimonio de hijo, padre o madre, renovación del DNI, y recuperación del carné de conducir cuando la pérdida del mismo haya estado motivada por causa estrictamente imputable a la empresa. Aunque introduce el de permiso por el tiempo necesario para asistir a consultas médicas o pruebas analíticas

regulación de los permisos del convenio estatal<sup>41</sup>, si bien algunos de ellos no se concretan los 150 km, introducen algunas mejoras en la duración de alguno de aquéllos<sup>42</sup> y/o prevén de nuevas situaciones o extienden expresamente los derechos a las parejas de hecho<sup>43</sup>. El tratamiento de la violencia de género normalmente no se recoge<sup>44</sup> y, desde luego, no se innova respecto del estatal<sup>45</sup>.

**e) Salario.** Recordemos que el convenio estatal se reserva la competencia sobre fijación de los conceptos, estructura de las percepciones económicas y del incremento salarial correspondiente a cada año de vigencia del convenio (arts. 48 a 66), en tanto la concreción de aquéllos y su aplicación corresponde a los Convenios de ámbito inferior. En la estructura salarial se distinguen entre percepciones salariales y extrasalariales. Los conceptos salariales, a su vez, están constituidos por el salario base, las pagas extraordinarias y diversos complementos. Los convenios provinciales vienen a ajustarse en términos generales y a veces hasta a reproducir el texto del convenio estatal con escasas modificaciones (como pueda ser la concreción de un plus de productividad y actividad fijos en el convenio de Almería, o un premio a la constancia en el convenio de Córdoba) cuando de percepciones salariales se trata<sup>46</sup>. Respetan entonces el esquema del convenio estatal, limitándose en realidad a recoger y a la determinación de las cuantías retributivas de algunos de los conceptos referidos. Mucho más desarrollo puede apreciarse respecto de los complementos extrasalariales e indemnizaciones –también las prestaciones complementarias a la Seguridad Social que son competencia de los convenios inferiores–, apenas abordados en el convenio estatal<sup>47</sup>. Respecto de los complementos salariales es

---

o para acompañar a padres, hijos o cónyuge en caso de gravedad y sin que exista para éstos posibilidad de valerse por sí mismos. Mucho más alejada de las previsiones del convenio estatal es la regulación de las excedencias en su art. 25.

<sup>41</sup> Véanse, por ejemplo, los convenios de Almería y Huelva, si bien este último reserva el día de permiso para el matrimonio de hijos, olvidando el del padre o la madre que sí recoge el estatal. Aún más claro, el art. 20 del Convenio de Sevilla se remite al Estatal en materia de permisos y licencias.

<sup>42</sup> Art. 24 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz.

<sup>43</sup> Art. 10 y anexo del Convenio de Córdoba.

<sup>44</sup> Es el caso del Convenio de Cádiz [Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz], Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva], Jaén [Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén] y Sevilla. La Disp. Adic. II del Convenio de Córdoba hace una declaración de intenciones para el futuro.

<sup>45</sup> Véase, por ejemplo, el art. 47 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

<sup>46</sup> Es el caso evidente del convenio de Almería, Córdoba y Huelva [Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva].

<sup>47</sup> Véanse, por ejemplo: arts. 62 a 72 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

de destacar el de antigüedad consolidada hasta el 30 de septiembre de 1996, no absorbible ni compensable. Aún cuando el complemento de antigüedad ha sido suprimido también por los convenios provinciales salvo en el de Sevilla y el Convenio del sector de Industrias de Carpintería de Ribera y Naval de Huelva, alguno de ellos recogen una fecha distinta y posterior a la señalada por el convenio estatal<sup>48</sup> y/o recogen un plus de compensación de la desaparición de dicho complemento<sup>49</sup>. El incremento salarial será el resultante de aplicar el IPC previsto para cada año por el Gobierno en los PPGG EE, más el 1,3% cada año de vigencia del convenio estatal. A su vez se incorpora una cláusula de garantía salarial para el caso de que el IPC real a 31 de diciembre de cada año sea superior al IPC previsto por el Gobierno para dicho período, en cuyo caso el exceso, si lo hubiere, se abonará en una sola paga en el mes de febrero del año siguiente y en todo caso servirá de base para el cálculo del incremento de los años posteriores<sup>50</sup>. Estas revisiones de salario y cláusula de garantía salarial son recogidas por el grueso de convenios colectivos provinciales<sup>51</sup>. La retribución de las vacaciones se devenga también por día natural y se encuentra recogida en el art. 61 III CEM. No se plantean problemas de articulación con los convenios provinciales, pues en lo que se refiere a la retribución de éstas vienen a reproducir tales reglas del convenio estatal, añadiendo algunas otras sobre duración, fechas de disfrute de las vacaciones, etc. cuestiones todas ellas que son de su competencia conforme al art. 4 III CEM<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Que según el art. 10 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz será el 7 de mayo de 1.997. O según el art. 11 del convenio de Córdoba será el 7 de abril de 1998.

<sup>49</sup> Art. 10 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz.

<sup>50</sup> Véase, la revisión salarial del III CEM para 2007 y 2008 publicado en BOE 12/3/2008.

<sup>51</sup> Art. 8 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz y disp. Dic. Primera; art. 2 y disp. Transitoria 1<sup>o</sup> del Convenio de Córdoba. También recoge la cláusula de garantía salarial la disp. Final Primera y en sus tablas salariales el 1,3% sumado al IPC real, el Convenio de Huelva (téngase en cuenta la vigencia anual del convenio). También aplica los mismos criterios incluso el convenio de Jaén: art. 8 y cláusula de garantía salarial del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén y Revisión salarial de 2007 y tabla salarial de 2008 aprobada por la Comisión Paritaria el día 8 de febrero de 2008 (BO. Jaén 6/3/2008). También el convenio de Sevilla, si bien el incremento que se aplique transitoriamente se remite al porcentaje que experimente el Índice de Precios al Consumo de la media nacional, de los doce meses anteriores. (vid art. 8, que en lo no previsto se rige por el Convenio nacional –art. 27–).

No lo reproduce, siendo sus referentes en ocasiones más imprecisos y no ajustados a las previsiones del convenio estatal sin que ello pueda sencillamente justificarse por la duración inferior prevista para el convenio: Disp. Adic. Segunda del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

<sup>52</sup> Véase, por ejemplo el art. 40 del Convenio Colectivo Provincial de Industria de la Madera de Almería.

**f) Órganos de representación de los trabajadores en la empresa y derechos sindicales.** Su regulación, conforme al art. 4 III CEM es de competencia compartida entre el nivel estatal y los convenios de ámbito territorial inferior, con lo que éstos podrán extenderse en aquellas cuestiones que el convenio estatal no establezca. Se ocupan monográficamente de ello los arts. 86 a 92 del Convenio Estatal. Son destacables algunas cláusulas de dudosa licitud<sup>53</sup>. En diversas ocasiones llama el convenio estatal a los niveles inferiores para la regulación o concreción de diversas cuestiones como son la mejora del crédito horario –sin que éste pueda ser inferior a 16 horas que se viene asumiendo pacíficamente por los convenios inferiores–, así como la recomendación de que pacten su acumulación y los términos de la misma (art. 88), lo que en términos generales también se viene abordando por los provinciales con más o menos énfasis<sup>54</sup>. El convenio estatal también se remite a los convenios inferiores para la fijación de los centros de trabajo en los que las secciones sindicales que los sindicatos más representativos tendrán derecho a la utilización de local (art. 90.3), llamamiento que es desatendido en los niveles inferiores. En términos generales cabe afirmar que aún cuando los convenios provinciales no recogen íntegramente el articulado del convenio estatal no entran en clara contradicción con aquél, asumiendo las directrices generales de éste expresamente, incluso alguna de las que hemos cuestionado, normalmente la relativa a los electores<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Es el caso, por ejemplo, de la exigencia de superación del período de prueba para ser elegible como representante unitario del art. 87 ET. Así mismo es muy cuestionable en mi opinión que pueda reservarse lo que parece una mejora del art. 8.2 LOLS respecto del derecho a local a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos [vid.: SS. TS. 25/4/2005, 6285 y 23/11/1993, RJ. 8933. Véase también, por ejemplo: S. TC. 18/12/1995, 188; S. TSJ Castilla y León/Valladolid 7/3/2005, 544]. También es cuestionable la aparente limitación del derecho a los permisos retribuidos por negociación de convenio a los delegados sindicales (art. 90.3) [vid., por ejemplo: S. TS. 23/12/2005, 2006/1792; SS. TSJ Castilla y León/Valladolid 29/7/1996, 2605 y TSJ. Castilla-La Mancha, 14/2/2001, 1876; TSJ Cataluña 27/2/2007, 2287; TSJ Asturias 27/9/2002, 3163. O que la excedencia forzosa prevista en el art. 92 se limite a los cargos sindicales de los Sindicatos que hayan firmado el convenio [Véase, por ejemplo: SS. TS. 26/1/2005, 3158; 9/12 y 15/11/2005 (RJ. 2006/1280 y 2005/10073)].

<sup>54</sup> Por ejemplo: art. 25 del Convenio de Sevilla.

<sup>55</sup> Vid: art. 29 del Convenio del sector de industrias y almacenes de la madera de Cádiz. También el convenio de Almería que, finalmente se remite en lo no previsto al Estatal (arts. 80 a 84). El Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva reproduce fielmente el estatal, incluso en las remisiones que aquél hace a los ámbitos inferiores (vid. arts.63 a 69). No obstante, el art. 64 del convenio de Huelva va aún más allá, y al requisito de superación del período de prueba añade que la antigüedad en la empresa sea de cuatro meses. No exige superación del período de prueba el art. 35 del Convenio de Córdoba, que sin embargo en su art. 5 asume con carácter general la supletoriedad del Convenio estatal. Nada dice sobre representación en la empresa el Convenio de Jaén, con lo que habrá que estar a la remisión general al estatal de su art. 4. También el convenio de Sevilla (art. 27) que, no obstante, en el art. 24 introduce una novedad, cual es exigir que para el descuento de la cuota sindical se tenga que solicitar por al menos seis afiliados al mismo sindicato.

o bien por remisión. Algún convenio como el de Córdoba (arts. 35 a 37) se limita a establecer ostensibles mejoras respecto de las que establece el estatal.

**g) Salud laboral y prevención de riesgos.** El convenio estatal podría haberse reservado la fijación de las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Con independencia de la interpretación amplia o restrictiva que se le de en este aspecto al art. 84.3<sup>o</sup> ET, el convenio marco prefiere otorgar a dicha reserva un carácter obligacional. La salud laboral se aborda en el Capítulo I del Título X del III Convenio estatal para la Madera (arts. 93 a 105): Comisión Paritaria de Seguridad y Salud, la planificación de la acción preventiva, [información, medidas de emergencia, el riesgo grave e inminente, la protección de trabajadores sensibles a determinados riesgos, la vigilancia de la salud], y la información consulta y participación [representación y coordinación, el Comité de seguridad y salud, la documentación, y la formación en materia preventiva]. Realmente incorpora el Capítulo sobre salud laboral suscrito el 28 de junio de 2006<sup>56</sup> que asumió el texto elaborado por la Comisión Técnica de Seguridad Laboral en cumplimiento del encargo de adaptación y desarrollo de la disp. trans. 1<sup>a</sup> del II Convenio estatal. Este apartado merecería un comentario más detenido y una valoración positiva de su contenido. No obstante, por razones evidentes de espacio y temática nos limitaremos a valorar su recepción por las unidades inferiores. Siguiendo la tónica general, los convenios provinciales asumen en este caso por remisión el Título X del III Convenio estatal<sup>57</sup>. Aún cuando otros como el de Cádiz no aluden a tratamiento alguno de la Salud Laboral. También se incorporan cláusulas específicas que mejoran o complementan puntualmente los contenidos del Convenio Nacional<sup>58</sup>.

**h) Formación en materias no reservadas a ámbitos inferiores.** La formación profesional se regula en el Título VI (arts. 67 a 74) del convenio estatal, declarándose la asunción del IV ANF de 2006 y el RD. 395/2007, de 23 de marzo. Los convenios provinciales no prestan apenas atención al tema<sup>59</sup>, dando muestras alguno de ellos de un importante desfase<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> BOE 20 mayo 1996, núm. 122.

<sup>57</sup> Disp. Transit. Segunda del Convenio de Almería; disp. adic. VII del Convenio de Córdoba; disp. transit. Primera del Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva. O genérica sobre legislación aplicable (art. 4 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén) y art. 27 del Convenio de Sevilla.

<sup>58</sup> Por ejemplo, sobre representación (art. 35) o sobre maternidad (art. 38) en el Convenio de Córdoba.

<sup>59</sup> Sencillamente remite al Convenio estatal: el art. 74 del Convenio de Almería; art. 51 del Convenio de Huelva.

<sup>60</sup> Como ocurre con el convenio de Cádiz, que en su Disp. Adic. Tercera declara que <<asumen el contenido integro del Acuerdo Nacional de Formación Continua de 16 de

**i) Cláusula de descuelgue.** En materia de descuelgue salarial –configurado como descuelgue respecto de los incrementos salariales– los convenios provinciales presentan dos grandes líneas. Una minoritaria, que sigue las directrices de la Disp. Adic. Cuarta del III Convenio estatal, de manera que la Comisión Paritaria sólo intervendrá en defecto de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores<sup>61</sup>; y otra en que la Comisión Paritaria es la que interviene directamente y decide, a lo sumo, con informe de los representantes o con audiencia de éstos con voz y sin voto<sup>62</sup>.

## 2. EXPERIENCIAS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA EN EL SECTOR DE LA HOSTELERÍA

### 2.1. Introducción. Modelo negocial y naturaleza del ALEH

Para valorar adecuadamente la negociación colectiva en este sector conviene comenzar recordando, como reitera el propio Preámbulo del actual Texto Refundido del III Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería (TRALEH), que la regulación convencional estatal pretende consolidar un marco de negociación y diálogo estatal y contar con unas bases convencionales comunes en todo el país<sup>63</sup>. Tal objetivo se planteaba y se plantea además sobre la base de un entramado negocial preexistente sobre todo en el ámbito provincial y en menor medida, también a nivel de empresa, lo que como veremos está dando lugar a un interesante proceso no exento de problemas.

Así y todo, para llevar a cabo su cometido, los negociadores estatales optaron desde el inicio por una fórmula de negociación dinámica o permanente, en el sentido de expresamente que el contenido negocial no se cierra ni se limita a las materias ya reguladas, sino que está abierto a continuas y futuras incorporaciones de aquellas materias que sean objeto de posteriores acuerdos en el sector (Preámbulo, art. 6.2 y disp. adic. 1<sup>a</sup>). Se explica así que el contenido negocial sea limitado, referido sólo a algunas materias, y que de manera progre-

---

Diciembre de 1992, así como lo establecido en el Convenio General del Sector de la Madera y acuerdos que lo desarrollen>>>.

<sup>61</sup> Convenio de Almería (art. 73), Córdoba (Disp. Adic. Primera) y Convenio Colectivo del sector de Industrias de la Madera de la provincia de Huelva (Disp. Adic. Tercera).

<sup>62</sup> Es el caso de los convenios de Cádiz (art. 28), Convenio Colectivo del sector de Industrias de Madera y Corcho de Jaén (art. 35), Granada (art. 34), y Sevilla (art. 26).

<sup>63</sup> Para una radiografía del sector tras la publicación del I ALEH, *vid.* AA.VV. (Rivero, Dir.), La negociación colectiva en el Sector de hostelería; CCNCC-MTAS, 1999.

siva pero lenta vaya actualizándose lo ya acordado o incorporándose nuevos aspectos a esa regulación convencional estatal común<sup>64</sup>.

Para ir conformando ese espacio común, y como reafirman los negociadores, tanto el TRALEH como los acuerdos posteriores que se incorporen al mismo, gozarán de la misma eficacia y naturaleza jurídica, esto es, en nuestra opinión, la que se deriva de un Acuerdo *ex art.* 83 LET, pues pese a que no se alegue expresamente tal base normativa, así se desprende del mismo (Preámbulo y art. 10 TRALEH)<sup>65</sup>. Precisamos no obstante que el TRALEH, como todo AM impropio, es de contenido plural, esto es, cual convenio sectorial híbrido o mixto<sup>66</sup>, en el que confluyen cláusulas susceptibles de entrañar una vinculación jurídica de características idénticas a las de un convenio colectivo propio (regulación concreta de aplicación directa a las partes de la relación laboral), con otras cláusulas con valor de Acuerdo Marco (art. 83.2 LET: reglas de ordenación de la negociación)<sup>67</sup>. Y como tal figura híbrida, contiene una reserva de materias (de manera excluyente a veces –art. 10.2 TRALEH–) a favor del nivel (estatal) donde se acordó dicho AM impropio, y proporciona además una regulación completa de algunas de esas materias<sup>68</sup>. Advuértase igualmente que respecto al ALEH nos encontramos no ya ante un convenio *ordinario* con una o algunas cláusulas relativas a la ordenación de la negocia-

<sup>64</sup> Esa dinámica negocial queda patente en la evolución de la regulación convencional estatal, iniciada por el I ALEH (BOE 02/08/1996) para la sustitución de la antigua Ordenanza Laboral de 1974, para la Industria de Hostelería, cafés, bares y similares (OM 28/02/1974, BOE 11/03/1974, en adelante, OL). Posteriormente, y tras varios acuerdos parciales sobre diversos temas, se alcanzaría el II ALEH (BOE 01/07/2002), que pronto se vio modificado con nuevas cuestiones (como la regulación en materia de contratos formativos y avanzaba la necesidad de replantearse los *premios de jubilación* reconocidos en el sector). Esas y otras modificaciones dieron lugar al III ALEH (BOE 05/05/2005), pero al igual que el anterior, se vio afectado por los posteriores acuerdos alcanzados sobre periodo de prueba (y algunas previsiones sobre el premio de jubilación), adecuación del sistema de clasificación y actualización del régimen disciplinario (BOE de 27/07/2006 y de 02/06/2007, respectivamente). Ante tal situación, y para aclarar el panorama estatal, los negociadores alcanzaron un único texto donde se recoge lo acordado hasta ese momento: TRALEH (BOE 25/02/2008). Sin embargo, éste se ha visto pronto modificado por el acuerdo alcanzado por la comisión negociadora relativo a igualdad entre hombres y mujeres y a seguridad y salud laboral (BOE 12/09/2008).

<sup>65</sup> STS de 19/07/2007 (RJ 2008/93). En otras ocasiones, el TS ha reconocido el alcance *ex art.* 83.2 LET a acuerdos colectivos que no afirmaban expresamente tal base normativa; por todas, STS, de 10/10/2000 (RJ 9423).

<sup>66</sup> En el mismo sentido, AA.VV., *La negociación colectiva en el Sector de hostelería*; CCNCC-MTI, 2008, págs. 9-10.

<sup>67</sup> *Vid.* Villavicencio Ríos, A., *Los Acuerdos Marco sobre la Estructura de la negociación colectiva: Naturaleza jurídica, eficacia, contenido*; Comares, 1998, págs. 200 y sgs.

<sup>68</sup> Sobre su admisión, *vid.*, a modo de ejemplo general, el Convenio colectivo de Grandes Almacenes, art. 4 (BOE 27/04/2006), y la STS de 10/04/2002 (RJ 5321).



ción en dicha unidad<sup>69</sup>, sino más bien ante un producto que integra en un mismo cuerpo los dos tipos de acuerdos del art. 83 LET, esto es, un AM que incluye también progresivos acuerdos sobre alguna materia concreta (pero no por tanto, con la extensión del amplio, general y global contenido propio de los convenios ordinarios)<sup>70</sup>.

En todo caso, la consecuencia de dicha naturaleza es importante, por cuanto que implica reconocerle capacidad para imponerse a las unidades inferiores<sup>71</sup>.

El problema se plantea, como se puede prever en un sector como este, respecto a la posibilidad de que tal AI/AM puede afectar de inmediato a las situaciones ya existentes, encontrando posturas enfrentadas entre quienes afirman su aplicación inmediata (con base en el art. 84.1 LET en relación al propio art. 83.2 LET), al concluir que de otra forma no habría excepción al *prior in tempore* del art. 84.1 LET o en todo caso, que tal Acuerdo no establece un cambio normativo en sí, sino tan solo una regla de concurrencia que sustituya al principio *prior in tempore*<sup>72</sup>. Y quienes sostienen lo contrario, esto es, que no pueden afectar retroactivamente a los convenios colectivos vigentes en el momento de entrada en vigor, tan sólo pues *ad futurum* (también *ex art. 9.3 CE*)<sup>73</sup>.

Por nuestra parte, más cercanos a esta última posición, creemos que en este caso la solución podría venir dada en gran medida por el propio AI/AM<sup>74</sup>. Y en

<sup>69</sup> Cuya amplia aceptación como AM impropio parece cuestionada en la STS de 05/03/2008 (JUR 2008\141639).

<sup>70</sup> Al respecto, *vid.* SSTS de 16/06/1989 (RJ 4593), y de 09/07/1998 (RJ 6260).

<sup>71</sup> Lo que supondrá de manera general la nulidad de aquellas previsiones convencionales que ignoren o contravengan las reglas de ordenación que establezca; por todas, STS de 23/10/1995 (RJ 7864). En la doctrina, Díaz de Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones y concurrencia de convenios colectivos. Problemas de la negociación colectiva estatutaria: su articulación, configuración de las unidades de negociación, concurrencia de convenios y convenio de aplicación en la sucesión de empresas"; AS, nº 20, 2005 (BIB 205/2720), págs. 73 y 74; y Santiago Redondo, K.M., La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 ET); Tiran lo Blanch, 63, 1998.

<sup>72</sup> Salido Banús, J.L., La negociación colectiva en España; Atelier, 2001, págs. 118 y 119. Así parece entenderlo la SAN de 27/04/2001 (AS 1231), referida a un Convenio de Grupo (no obstante, no debe perderse de vista que a tales convenios de *grupo de empresas* no les reconoce valor de AM *impropio*, por todas, STS de 28/10/1999, RJ 8510). Véase también la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21/01/2000 (AS 3982); y de SAN 27/04/2001 (AS 1231)

<sup>73</sup> *Vid* al respecto, Villavicencio Ríos, A., Los Acuerdos Marco...; cit., págs. 322 y sgs. y 396; y Cabeza Pereiro, J., "Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados"; AS, 1999-V (BIB 1999/957).

<sup>74</sup> En extenso sobre la primacía de los AM y sus efectos en los convenios del ámbito, así como los problemas relativos al momento de su imposición en las unidades inferiores, Ruíz Castillo, M.M., "Jerarquía y concurrencia de convenios"; T.L., nº 54, 2000, págs. 179 y sgs.; y Altés Tárrega, J.A., "Las unidades de negociación"; en AA.VV. (Pérez De Los Cobos y Goerlich Peset, Coord.), El régimen jurídico de la negociación colectiva en España; Tiranto Lo Blanch, 2006 (TOL1.021.556).

este sentido, entendemos que la voluntad de los negociadores estatales es exclusivamente condicionar las regulaciones convencionales futuras; o al menos esto concluimos tanto de algunos datos contenidos en los acuerdos alcanzados (v.gr., art. 10.2 y D.A. 2<sup>a</sup> TRALEH, Preámbulo y D.F. Única del acuerdo de 09/06/2006 –periodo de prueba–, y Artículo Tercero del posterior acuerdo publicado en el BOE 12/09/2008), como de la propia dinámica negociadora (permanente y abierta) y la naturaleza propia de este tipo de AM impropio, con mandatos que en ocasiones han de concretarse por los negociadores de ámbitos inferiores (v.gr., Acuerdo de 12/04/2007, BOE de 02/06/2007)<sup>75</sup>. No obstante lo señalado, debe tenerse en cuenta que los propios negociadores estatales han aclarado que esa aplicación sólo para futuro no rige cuando las regulaciones convencionales de ámbito menor se remitan a la extinta OL, ya que en este caso, la aplicación del Acuerdo estatal es inmediata.

En resumen, el modelo negocial seguido a nivel estatal, si bien permite renovar permanentemente lo negociado e ir conformando de manera progresiva ese marco convencional común, añade algo más de complejidad, por cuanto que a la hora de concluir sobre el grado de adecuación y articulación negocial, debemos tener en cuenta que este modelo negocial abierto influye notablemente, pues en los ámbitos inferiores no se mantiene la misma opción, y por tanto, incluso en el mejor de los casos, es posible encontrar en éstos remisiones o inclusiones del contenido de algunos de los Acuerdos estatales que en el momento presente o próximo se encuentren sustituidos por acuerdos posteriores de la Comisión Negociadora estatal.

Sin embargo, nos parece que ante la realidad de un sector que, como adelantábamos, los propios negociadores estatales entendían que estaba por consolidar, se muestra una fórmula apropiada (pese a las iniciales críticas de lentitud, escasez de contenidos y falta de resultados)<sup>76</sup>, sobre todo en el mencionado contexto negocial del sector, que difícilmente aceptaría la imposición en bloque de una regulación más completa. Y en este sentido, no debe perderse de vista que este modelo exige una coordinación, articulación y colaboración respetuosa entre los diversos niveles negociales ya existentes (v.gr., D.A. Segunda del acuerdo de 24/07/2008, BOE 12/09/2008), y evitar así mismo los problemas de seguridad jurídica que en otro caso podrían plantearse<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Sobre este rasgo como propio de los *Acuerdos Marco*, STS, de 16/06/1989 (RJ 4593). En los ámbitos inferiores, STSJ de Extremadura, de 16/01/1992 (AS 341), con mayor claridad, STSJ de Madrid, de 28/05/1992 (AS 2746).

<sup>76</sup> Vid. Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias del Negociación articulada*; MTAS, 2008, págs. 161 y 162.

<sup>77</sup> Al respecto, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. *La negociación colectiva...*, cit., págs. 18-19.

## 2.2. Estructura de la negociación en el sector y reglas de articulación y concurrencia

Señala el art. 10.3 TRALEH que la estructura negocial se basa en el ALEH (convenio sectorial estatal) y en los convenios sectoriales inferiores (autonómicos o provinciales), e indirectamente también en los ámbitos inferiores o de empresa, pues encomienda a aquellos niveles intermedios referidos la función de indicar las materias susceptibles de negociación en éstos (*v.gr.*, empresa, centro de trabajo)<sup>78</sup>.

Y en esta línea, el propio TRALEH fija sus propias reglas de articulación con las unidades inferiores, específicamente a través del reparto de materias y las reglas de complementariedad entre todas ellas. Así, recuerda que las materias que se incorporen a al TRALEH quedan reservadas a este ámbito estatal (salvo la relativa a la resolución extrajudicial de conflictos). Y respecto de éstas, el propio TRALEH (art. 10.2) puntualiza ahora que la regulación que contiene o bien no podrá ser objeto de negociación alguna por las unidades inferiores, o bien podrá ser complementada por éstas en los términos que se establezcan en el propio acuerdo estatal.

Con todo, respecto al valor y eficacia de la reserva material efectuada tanto en el ámbito estatal como, en su caso, en los niveles intermedios (en nuestro caso, los convenios provinciales), debe ser analizada a la luz de la jurisprudencia relativa al art. 84.2 y.3 LET, razón por la cual volveremos sobre esta cuestión al tratar cada una de las materias objeto del Acuerdo Estatal<sup>79</sup>.

Creemos que el TRALEH, al indicar la estructura negocial general del sector y el posible reparto de materias (articulación), como ya hiciera su antecesor, no se limita a mantener los ámbitos intermedios (autonómico/provincial), sino que más pareciera que los refuerza frente a los inferiores, al otorgarles un importante protagonismo en el sector, hasta el punto de que se remite a ellos para que fijen algunas reglas de ordenación de la negociación en su ámbito. Adviértase, no obstante, que esta previsión abre importantes dudas, especialmente la que nos genera la posibilidad de que el nivel provincial pueda establecer/excluir las materias negociables en los niveles de empresa<sup>80</sup>. Sin

---

Como se ha señalado, se trata de una opción ajustada a las propuestas que en materia de estructuración de la negociación realiza el AINC 2007 (prorrogado para 2008), AA.VV. La negociación colectiva..., pág. 41.

<sup>78</sup> Criticando el escaso interés prestado a los convenios de empresa, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 35 y 39.

<sup>79</sup> A modo de ejemplo, es de interés la STS, de 22/09/1998 (RJ 7576).

<sup>80</sup> Igualmente, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 21 y sgs. También, SSTS, de 16/11/1989 (RJ 8068), y de 09/07/1998 (RJ 6260). Sin embargo, pareciera que dicha postura que se ve confirmada tras la redacción del art. 84.2 LET, o

embargo, con ello parece pretenderse que esta función de articulación entre los diversos ámbitos negociales no se realice de manera centralizada y homogénea para todo el Estado, sino que, en línea con los recientes AINC (2007-2008), el nivel estatal comparta tales tareas con los ámbitos intermedios, al objeto de que sea cada territorio quien acuerde la distribución de materias y articulación entre las distintas unidades de negociación, para conseguir una mejor aplicación y eficiencia de lo pactado.

Por lo que respecta a su aplicación práctica, al menos en nuestra comunidad, se detecta un aparente escaso seguimiento de tales indicaciones<sup>81</sup>, pues además de la inexistencia de convenio autonómico<sup>82</sup>, puede afirmarse que el sector se basa primordialmente (cuando no en exclusiva) en la negociación provincial<sup>83</sup>, y que ésta no parece haber procedido a articular la negociación en su ámbito. Como excepción a esta afirmación, debemos realizar dos precisiones: Por un lado, el convenio del sector de la hostelería de Málaga, que expresamente remite a los acuerdos de empresa para actualizar y desarrollar su contenido, pero sin contravenirlo, completarlo en lo no previsto o introducir mejoras (salvo en materia de contratación, que es, al menos en principio, de competencia exclusiva y excluyente del sector). Y por otro lado, de manera general, creemos que los convenios provinciales no excluyen la intervención de los de empresa, más bien al contrario, pues consideran como mínimas las condiciones en ellos pactados<sup>84</sup>. Consecuentemente, creemos que para una

---

mejor dicho, con la jurisprudencia dictada en torno al mismo, en extenso, Díaz de Rábago Villar, M., "Articulación de negociaciones...; cit., especialmente, págs. 12 y sgs., y Rodríguez Fernández, M.L., "Balance y perspectivas...; cit., págs. 1065.

En esta línea, algún convenio provincial (Cádiz, art. 56.1, *in fine*) establece que en caso de concurrencia con los ámbitos inferiores, prevalece tal convenio provincial, lo que creemos es del todo inadmisibile, pues carece de la legitimación para proceder a cambiar las reglas legales (art. 83.2 en relación al art. 84.1 LET). Distinta es la posibilidad de que tales convenios acepten verse afectados por otros, que sí parecer aceptable; Martín Valverde, A., "Concurrencia de convenios colectivos de trabajo"; en (Borrajó Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores, T. XII, vol. 2º; EDERSA, 1985, págs. 47 y 48; y López Anioarte, M.C., La concurrencia de convenios colectivos; Tirant lo Blanch, 87, 1999, pág. 70.

<sup>81</sup> Conclusiones más matizadas parecen extraerse del conjunto del Estado, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 21 y 22.

<sup>82</sup> La situación en Andalucía no difiere mucho del resto del Estado, pues salvo los convenios de Cataluña y de las Islas Baleares, el resto de convenios autonómicos existentes lo son de comunidades uniprovinciales (*v.gr.* Asturias, Cantabria, Ceuta, Madrid, Murcia, La Rioja, Navarra). Sobre la continuidad en este aspecto, vid. Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), Experiencias...; cit., págs. 140-142.

<sup>83</sup> Sólo existía un convenio empresarial interprovincial (Técnicas de Trabajo Aplicadas y Servicios, S.L., BOJA 18/11/1999), cuya vigencia concluyó el 31/12/1999, y cuya suerte es la que señalamos en el texto para los convenios empresariales en similar situación.

<sup>84</sup> Así ocurre, entre otros, en los convenios de Córdoba, Granada y Sevilla (BOPS 24/08/2006).

conclusión más ajustada debe atenderse a todo el articulado, pues durante la regulación de alguna materia (*v.gr.*, horarios, contratación, vacaciones, etc.), se suelen realizar remisiones a los ámbitos empresariales para que concreten o introduzcan cambios a la regulación propuesta<sup>85</sup>.

En todo caso, esa aparente situación deficitaria de articulación entre niveles intermedios y de empresa puede tener explicación ante lo que puede entenderse como una progresiva pérdida de protagonismo de la negociación de convenios empresariales, pues salvo algún caso particular que indicaremos, tales unidades negociales o bien no existen (como ocurre en las provincias de Almería y Córdoba), o si existieron, perdieron su vigencia y en la mayoría de los casos, por la lejanía en el tiempo, bien pareciera un abandono de la unidad (así se evidencia en Granada, Jaén y la mayoría de convenios empresariales del resto de provincias). Como decimos, sólo existe algún ejemplo aislado de convenio empresarial renovado y con negociaciones periódicas en las provincias de Cádiz, Huelva y Málaga, aunque también debiera tenerse en cuenta que la mayor parte de tales empresas alcanzaron el convenio estando vigente el provincial. Consecuentemente, sea por una u otra razón, lo cierto es que tales empresas se verán afectadas por los convenios provinciales.

Ciñéndonos pues a esos convenios empresariales vigentes, debemos resaltar de manera global la coordinación o cuando menos la inexistencia de concurrencia conflictiva con los convenios provinciales (salvo la situación en Cádiz)<sup>86</sup>. Sin embargo, conviene precisar que en el general de los casos tal coordinación se resume en que estos últimos se remiten expresamente y/o copian la redacción del articulado provincial, a lo que añade en ciertos casos algún aspecto complementario que aclara o precisa aquél<sup>87</sup>. Ello implicará, de

<sup>85</sup> *V.gr.*, convenios de Córdoba (BOPCO 21/11/2008, art. 14, 2º y 6º), de Huelva (art. 10), o de Málaga (art. 17).

<sup>86</sup> En esta provincia, se evidencia de manera general la falta de conexión entre el convenio provincial y los acuerdos empresariales de Aspro Ocio, S.A. (BOPC 10/12/2007), el de Flight Training Services S.L. (BOPC01/08/2008), Bacoval, S.L. (BOPC 21/09/2007). Coordinación que, pese a las deficiencias de también existen, sí encontramos con el convenio de Sierra Morata, S.L. (BOPCA 31/10/2007), que sí contempla remisiones y referencias expresas al convenio provincial; y en menor medida en relación al convenio de Hotel Puerto Bahía (BOPCA 09/06/2008).

<sup>87</sup> Especialmente, en el caso del convenio de Málaga (BOPM 03/06/2006) y los convenios empresariales de Marbella Club Hotel, S.A. (BOPM 18/12/2007), McDonald's Sistemas de España Inc. (BOPM 03/04/2008), o de The Interbuilding Investment Company B.V., Hotel Torremolinos Beach Club (BOPM 09/11/2006) -este último añade expresamente que las mejoras incluidas en el convenio provincial serán automáticamente asumidas (art. 15)-.

Esta situación, y pese a la inexistencia de reglas expresas de ordenación, parece reproducirse en el caso de Huelva, donde la similitud de regulación (cuando no la mera copia) se evidencia entre el convenio provincial (BOPH, de 23/08/2008) y los convenios de empresa, *v.gr.*,

manera también general, que la articulación entre los tres niveles de negociación (estatal-provincial-empresarial) se encuentre fuertemente condicionada por la actuación del nivel intermedio, ya que como hemos indicado los niveles empresariales suelen seguirle.

En otro orden de cosas, cabe subrayar que el TRALEH no establece regla alguna para resolver los posibles problemas de concurrencia entre las diversas unidades, limitándose como hemos indicado a establecer la aquellas materias que están reservadas al ámbito estatal y remitir a los niveles intermedios para que hagan lo propio respecto a las unidades inferiores o de empresa<sup>88</sup>. Consecuentemente, para resolver los potenciales problemas de concurrencia habrá que acudir a esta fórmula (reparto de materias), lo que implicará la nulidad, en su caso, de aquellos convenios que incumplan las reglas de reparto<sup>89</sup>. Fuera de esa situación (*v.gr.*, porque no se haya llevado a cabo tal reparto o porque no estemos ante materias reservadas en exclusiva), debemos estar a las reglas legales (art. 84 LET)<sup>90</sup>.

Finalmente, creemos de interés subrayar cómo los convenios han ido asumiendo el Acuerdo estatal también como marco supletorio, de manera que salvo excepciones muy contadas<sup>91</sup>, se le considera expresamente como tal, incluso, hasta el punto de reconocerlo de aplicación preferente en caso de contener mejoras a lo previsto en él<sup>92</sup>. Sin embargo, para concluir si esa prelación de normas es adecuada no debemos olvidar que la misma debiera de referirse exclusivamente a materias que no estén reservadas al ámbito estatal, pues de lo contrario lo que podría suponer es una contravención de las reglas de ordenación previstas (reparto de materias), con las consecuencias ya anunciadas<sup>93</sup>.

---

de Fundovel (Hotel Tierra Mar), y Hotel Flameró (BOPH de 23/11/2007 y de 26/02/2008, respectivamente).

<sup>88</sup> Adviértase los problemas que la anterior redacción de este precepto originó al respecto, en Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; cit., págs. 133 y sgs.

<sup>89</sup> Por todas, STS de 23/10/1995 (RJ 7864), y de 24/04/2002 (JUR 2002/157920).

<sup>90</sup> Considerando la reserva también como regla específica para la concurrencia, en el sentido de suponer la *preferencia* aplicativa del Acuerdo Estatal en las materias por él reguladas, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. *La negociación colectiva...*; cit., pág. 17.

<sup>91</sup> Convenios de Cádiz y Jaén BOPC 03/07/2007 (art. 50) y BOPJ 24/08/2005 (art. 8), respectivamente. Sin embargo, varios convenios de empresas gaditanas sí lo contemplan como supletorio; *v.gr.*, Hotel Puerto Bahía (BOPCA 09/06/2008), Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L. (BOPC 10/06/2008); o Sierra Morata, S.L. (BOPCA 31/10/2007). En otras provincias, convenio de McDonald's (art. 6).

<sup>92</sup> Convenio de Granada (BOPG 02/06/2006), art.51.

<sup>93</sup> Adviértase además lo previsto en la D.T.3<sup>a</sup> TRALEH, que considera realizadas al mismo las remisiones que los convenios inferiores realicen a la extinta OL (en nuestra comunidad, no hay remisión a la misma).

### 2.3. Contenido negocial

Como ya hemos señalado, el contenido de los acuerdos estatales en el sector de la hostelería no se encuentra acotado (ni originariamente ni actualmente), sino que es el fruto de una opción de los negociadores que van incluyendo nuevas materias en función de las necesidades generales en el sector y de la consolidación del ámbito negocial estatal. Esto implica que las materias objeto de regulación en el TRALEH y acuerdos posteriores sean limitadas y referidas a algunos aspectos. Pero precisamente por esta fórmula negociadora cobra especial interés comprobar si sus contenidos concretos son asumidos y en qué medida en los ámbitos inferiores (lo que deberá ponerse en relación con cuál sea la eficacia vinculante de la regulación estatal), y finalmente, precisar el grado de interrelación y coordinación entre todos ellos.

Consecuentemente, y en atención al objeto del trabajo, las materias aquí analizadas son exclusivamente aquellas que se contemplan en el nivel estatal.

#### 3.3.1. *Clasificación profesional y movilidad funcional*

El establecimiento de un sistema de clasificación profesional fue una de las tareas originarias en los Acuerdos estatales, y en este sentido, ya desde el I ALEH los negociadores procedieron a establecer una ordenación profesional que simplificase el anterior sistema, y que formalmente se basa en áreas funcionales que a su vez se integran por diversos grupos profesionales (formados por categorías dispuestas jerárquicamente), cuya ordenación debía responder a las tareas desempeñadas (funciones básicas) y a la ponderación de una serie de factores (autonomía-iniciativa, conocimientos-formación, mando, responsabilidad y complejidad)<sup>94</sup>.

Dado el valor ya señalado de AM (art. 83.2 LET) del TRALEH, que además reserva para el ámbito estatal esta materia, era perfectamente posible su imposición a las unidades inferiores, sin que los ámbitos supraempresariales inferiores pudieran eludir tal regulación con base en el art. 84.2 LET, ya que

<sup>94</sup> Todo lo cual, por otro lado, parece ajustarse, si bien parcialmente, a las recomendaciones contenidas en el AINC (Cap. V.3), ya que el Acuerdo estatal termina reconduciendo los grupos profesionales dentro de las áreas funcionales, a la inversa que lo recomendado por el AINC y con importantes consecuencias en materia de movilidad funcional, ya que para ejercer la movilidad ordinaria (art. 39.1 LET), el empresario sólo podrá desarrollarla dentro de un mismo grupo que pertenezca a un mismo área funcional; Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 134, 139, 145 y 146.

La OL integraba los grupos profesionales que contemplaba (compuestos por categorías concretas), en función del tipo de establecimiento (alojamientos, restauración, bares, salas de recreo, etc.).

estamos ante una de las materias incluidas en el art. 84.3 LET<sup>95</sup>. Sin embargo, no fue esta la voluntad de los negociadores estatales<sup>96</sup>, quienes inicialmente se limitaron a establecer que el sistema de clasificación propuesto sería de aplicación exclusivamente a aquellos ámbitos que no hubieran procedido ya a una actualización del modelo previsto en la extinta OL, respetando en principio a quienes habían fijado un sistema nuevo<sup>97</sup>. Es en un momento posterior (II ALEH, BOE 01/07/2002), cuando de manera general se reserva el sistema de clasificación profesional al ámbito estatal, aunque incluso así se limitaba a solicitar (*sine die*) a los negociadores de las unidades inferiores que adecuen las categorías profesionales que tuvieran establecidas a las recogidas en el ALEH (al objeto de homogeneizar las diversas denominaciones empleadas en los convenios inferiores –generalmente utilizadas para determinar el nivel retributivo de cada una)<sup>98</sup>.

En este sentido, los convenios de nuestra comunidad parecen respetar el sistema de clasificación previsto en el ámbito estatal, bien porque mantienen silencio sobre el tema o bien porque directamente se remiten al ALEH<sup>99</sup>. Es

<sup>95</sup> Por todas, SSTS de 27/10/1999 (RJ 8411) y de 28/01/2004 (RJ 2180). En la doctrina judicial, *vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 15/06/2006 (AS 2121).

<sup>96</sup> Opinión distinta a la aquí manifestada, en TArabini-CastellanI Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., págs. 139 y 142

Debido al ya señalado carácter dinámico de este sector, el Acuerdo de 12 de abril de 2007 (BOE 02/06/2007), incluyó una nueva Área funcional (sexta: servicios complementarios) y, consecuentemente, nuevas categorías profesionales no existentes hasta ese momento.

<sup>97</sup> Navarro Nieto/Sáez Lara, Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía: CARL-MARGABLUM, 2002, pág. 150. Así acontecía en nuestra comunidad, pues de los textos anteriores, puede verse en el convenio de Cádiz (BOPC 28/02/2002) o Málaga (BOPM 16/08/2002). Así parecía ocurrir con el resto –Córdoba (BOPCO 12/07/2004), Granada (BOPG 12/05/2003), Huelva (BOPH 30/06/2003) o Sevilla (BOPS 08/07/2003)-, pues si bien no tenemos los textos previos a 2002, parece extraerse de los mencionados que no hubo cambios al respecto.

<sup>98</sup> Para facilitar tal adecuación (exigida también por los progresivos cambios que los sucesivos acuerdos estatales han ido introduciendo en esta materia), el propio TRALEH, como hicieron sus predecesores, recoge una tabla o cuadro de correspondencia de las antiguas categorías previstas en la extinta OL a los nuevos grupos profesionales (art. 12 y ANEXO I), y añade asimismo que en el caso en el que en los convenios de ámbito inferior se recogiesen categorías no previstas en dicha OL (como ocurre en el convenio de Cádiz, art. 43), la equiparación a los nuevos grupos y categorías previstos en el TRALEH la realicen los propios negociadores, tomando como referencia las funciones básicas (art. 18) y los mencionados factores de encuadramiento (art. 13) que contempla el propio TRALEH.

<sup>99</sup> Por lo que respecta al nivel empresarial, *vid.* convenio de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L., cit. Como excepción a la general aceptación del sistema estatal, *vid.* Convenio de Almería (art. 17 y Anexo), que establece su propio sistema de clasificación profesional, basado en grupos profesionales que se integran por categorías (en muchas ocasiones no coincidentes con las estatales), y cuya ordenación no responde a áreas funcionales, sino que tales grupos parecen integrar categorías que reflejan similar valor en cuanto al nivel de intensidad de los factores tenidos en cuenta. Sobre los factores coincidentes entre las categorías del mismo nivel, pero de



más, algún convenio ya se encuentra plenamente ajustado al mismo y en la mayoría de los restantes se prevén cláusulas en las que se crea o faculta a una comisión mixta para proceda a trasponer el sistema clasificatorio estatal a su concreto ámbito<sup>100</sup>.

Sin embargo, incluso en estos caso, tales niveles intermedios también establecen una ordenación profesional propia y distinta de aquella (muy similar a la del convenio de Almería), si bien afirman hacerlo a los solos efectos de concretar su retribución<sup>101</sup>. Al respecto debe recordarse que el TRALEH (como sus antecesores) se limitaba a fijar el sistema de clasificación profesional con alcance meramente de ordenación y delimitación del contenido funcional objeto de la prestación del trabajador, y por lo tanto, sin que el mismo tuviera traducción directa en el establecimiento de la retribución de cada grupo o categoría, cuestión que remite a otros ámbitos (art. 16.2 y D.T. 4ª).

En otras palabras, la libertad dada a las unidades inferiores para fijar niveles se limitaría a los meros efectos retributivos (y en todo caso, parece que no se extenderá por mucho tiempo)<sup>102</sup>. Sin embargo, lo cierto es que esa ordenación parece tener una traslación también en materia de movilidad funcional (que además se contempla en el TRALEH como de competencia exclusiva para el ámbito estatal); ya que si la ordenación a efectos salariales se realiza sobre la

---

diversa área funcional, Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., pág. 138.

En esta línea, algunos convenios empresariales, lejos de respetar las reglas incluso del convenio provincial que les afecta, establecen un sistema de clasificación propio y distinto (y con indicación de las categorías que lo componen). Así, convenio de Aspro Ocio, S.A. (art. 19), caracterizado por una mayor flexibilidad, al ordenarlo en grupos profesionales diseñados a partir de parámetros generales de responsabilidad, mando, formación, etc.; o el convenio de Hotel Puerto Bahía (Anexo 1), que recoge una listado de categorías salariales agrupadas por áreas funcionales (que tampoco son las del Acuerdo estatal); o el convenio de Sierra Morata (art. 30)

<sup>100</sup> Especialmente convenio de Jaén (art. 15, Anexo III y sgs. y D.A. 2ª). También, convenios de Almería (art. 17 y Anexo), Córdoba (art. 24 y Comisión Especial), o Sevilla (D.F., párr. 2º).

<sup>101</sup> Paradigmático en este sentido, el convenio de Sevilla (Disposición preliminar). Se trata de un sistema de clasificación (salarial) por niveles (en el convenio de Córdoba se denominan grupos), que a su vez se integran con categorías correspondientes a áreas funcionales diversas.

Por otro lado, la ordenación prevista podemos considerar que es muy similar en todos los convenios andaluces, sin perjuicio de que a veces algunas categorías no coincidan en el mismo nivel o que en unos convenios existan categorías que no se contemplan en los otros.

<sup>102</sup> Ciertamente, esa inicial libertad de las unidades inferiores para fijar su sistema de clasificación salarial puede desaparecer tras el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008), pues en el mismo parece exigirse que el sistema previsto a nivel estatal sea el que rija a todos los efectos, por cuanto establece (art.2.5 in fine) que las “denominaciones no sexistas de grupos y categorías profesionales que se recogen en el capítulo II del III ALEH que regula el sistema de clasificación profesional, deben ser reproducidas, por los convenios colectivos de ámbito inferior, en el establecimiento de sus niveles retributivos y tablas salariales”.

base de niveles (grupos) que a su vez se integran por categorías que responden a los mismos factores de encuadramiento, la movilidad en ellos prevista se plantea desde esa ordenación y no desde la fijada en el Acuerdo estatal (área/grupos/categorías). Así, excluidos los convenios que nada señalan al respecto (Cádiz y Huelva), podemos constatar que las reglas de movilidad, de manera general, se basan en la relación existente entre las categorías profesionales por ellos fijadas, pero sin tomar en cuenta el área profesional en el que conforme al Acuerdo estatal debería integrarse, de modo que en caso de equivalencia entre las mismas (cualquiera que fuese el área), se fijan normas similares a la movilidad funcional ordinaria u horizontal, y cuando la relación entre ellas sea jerárquica, se asemeja más a la movilidad extraordinaria o vertical.

En todo caso, creemos que los términos empleados en el TRALEH respecto a que la movilidad funcional no podrá ser negociada en ámbitos inferiores, no debería entenderse literalmente, y ello no sólo por la jurisprudencia relativa a la nulidad de la ampliación *ex* convenio superior de las materias contempladas en el art. 84.3 LET<sup>103</sup>, sino porque la regulación estatal al respecto es excesivamente escasa y no concreta importantes aspectos relativos al ejercicio de la movilidad funcional (art. 39 LET: límites temporales, garantías económicas, causas), de ahí que consideremos que la reserva no debe ser entendida como prohibición absoluta la negociación en esos ámbitos provinciales, que bien pueden aportar claridad en esos aspectos no tratados. Y en este sentido, la relación entre los convenios estatal y el general de los inferiores pensamos que no es de concurrencia sino de complementariedad, y ello porque las previsiones de estos últimos únicamente contemplan ciertas garantías del trabajador (retribución, duración, derechos de información, etc.), pero sin referirse a las exigencias y ámbito de la movilidad (para las que como indicamos habrá que estar al Acuerdo estatal)<sup>104</sup>.

En definitiva, que pese a la aparente divergencia, en el general de los casos creemos que los niveles intermedios respetan lo previsto en el estatal<sup>105</sup>. Y

<sup>103</sup> Y por consiguiente, es posible la existencia de convenios evasivos *ex* art.84.2º LET; por todas, SSTs de 01/07/2005 (RJ 7320) y de 26/01/2004 (RJ 1373). En la doctrina judicial, excluyendo la nulidad, especialmente, STSJ del País Vasco, de 19/12/2008 (AS 1336).

<sup>104</sup> *Vid.* convenio de Córdoba (arts. 21-23), de Granada (arts. 11 y 12), de Jaén (arts. 15 y 16). Recuérdese además que gran parte de los convenios inferiores consideran como supletorio al Acuerdo estatal, por lo que podríamos entender que se aplicarán las que contempla el art. 19 y 14 de dicho Acuerdo. Como única excepción a lo señalado, quizás sea el Sevilla (art. 32); pero no así el convenio de Málaga (art. 24), pues si bien no hace remisión expresa, parece ajustarse a lo contemplado en el Acuerdo estatal, ya que lo toma como supletorio en lo no previsto y además su art. 16, al regular la *polivalencia* funcional, la limita a las categorías del mismo *área funcional*.

<sup>105</sup> A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la limitación añadida a la movilidad ordinaria (dentro del mismo área funcional), es un aspecto que se introduce -o al menos aclaradamente, en el Acuerdo de 26 de marzo de 2007 (BOE 02/06/2007), por lo que la valora-

respecto a los niveles empresariales, las escasas intervenciones existentes parecen en cambio recoger reglas de movilidad más flexibles (en exceso creemos), cuyo problema principal es que dichas reglas las aplica sobre un sistema de clasificación propio y distinto al estatal<sup>106</sup>; o bien establecer una regulación del pacto de polivalencia que permitiría superar los obstáculos a la movilidad ya señaladas<sup>107</sup>.

### 2.3.2. *Periodo de prueba*

Fruto del Acuerdo de 9 de junio de 2006 (BOE 27/07/2006), se incorporó a la regulación convencional estatal reglas específicas sobre el periodo de prueba; y de la misma forma que en otras materias, los negociadores acordaron (Preámbulo), pese a considerar que desde su entrada en vigor dicha materia quedaba reservada de manera exclusiva a tal ámbito (sin que pueda ser negociado en los niveles inferiores), aceptar la vigencia transitoria de las regulaciones vigentes en éstos últimos hasta tanto finalice la duración inicial concertada (D.A.2ª TRALEH). En nuestra comunidad, sólo el convenio provincial de Jaén y el de Granada podrían mantener aún una regulación propia, sin embargo, como el primero de ellos no establece nada al respecto, en realidad, es el último de los citados el único que mantiene con plena validez un régimen propio.

Al margen pues de este caso, el resto de convenios deben sujetarse a las reglas estatales, sin que pudieran eludirlo ahora vía art. 84.2 LET y ello porque, nuevamente, los negociadores estatales han hecho uso de las posibilidades que también le facilita el art. 84.3 LET (en relación igualmente al art. 83.2 LET), para garantizar el cumplimiento de tal reserva. Consecuentemente, y excluido transitoriamente el caso del convenio de Granada, debemos considerar nulas las previsiones convencionales inferiores que no cumplan lo previsto en el TRALEH, hecho que acontece en varios de los convenios provinciales y empresariales de nuestra comunidad<sup>108</sup>.

---

ción sobre su traslación a las unidades inferiores debería limitarse a los convenios negociados con posterioridad, y por tanto dar preferencia aplicativa a los convenios anteriores en el tiempo (claramente, Granada, Jaén y Sevilla) o evasivos (al respecto, debe advertirse que, al menos por la parte social, y salvo el convenio de Almería –y en menor medida el de Cádiz–, todos ellos son firmados por las organizaciones sindicales con mayor representatividad en nuestra comunidad).

<sup>106</sup> Sierra Morata (arts. 20 y 30)

<sup>107</sup> *Vid.* Aspro Ocio, S.A. (art. 10). Si bien no se pacta expresamente la polivalencia, debemos señalar que el convenio de Marbella Club Hotel, S.A. (art. 23), prevé un plus específico para aquellos trabajadores que realicen trabajos propios de otra categoría (aunque sí parecen del mismo grupo). Téngase en cuenta lo señalado en la nota 42 sobre el convenio de Málaga (art. 16) –plasmado en el convenio de McDonald's Sistemas de España Inc. (art. 15)–.

<sup>108</sup> No ocurriría así en los casos de los convenios de Huelva y de Sevilla, ya que éstos no contemplan previsión alguna y reconocen además como subsidiario al TRALEH. Respecto a las

### 2.3.3. *Contratos Formativos*

Sin duda, la contratación se trata de una materia de especial importancia para regulación convencional del sector, donde es tradicional la existencia de diversas cláusulas sobre el tema (tipos, duración, límites cuantitativos, reglas de estabilización, etc.)<sup>109</sup>. Contrasta esa importancia con escaso desarrollo en el ámbito estatal, ya que hasta tiempos recientes éste no incorporó regulación alguna, siendo el Acuerdo de 21 de septiembre de 2004 (BOE 01/12/2004), el que inicialmente recogió una limitada y exclusiva referencia a los contratos formativos.

Como en anteriores ocasiones, dicho Acuerdo afirmaba que su aplicación no sería automática ni inmediata, ya que expresamente señalaba (Disposiciones Generales) que la regulación prevista en los convenios de ámbitos inferior vigentes al momento de su publicación “seguirá resultando de aplicación hasta la pérdida de vigencia inicial de los mismos, de tal forma que decaída ésta será de aplicación inmediata lo dispuesto en el ALEH”. Pero del mismo modo que vimos al tratar el periodo de prueba, recuerda que desde la fecha de dicho Acuerdo esta materia queda reservada al ámbito estatal de manera exclusiva e incluso parece que excluyente (*vid.* Preámbulo), pues expresamente niega la posibilidad de que la misma pueda negociarse en ámbitos inferiores.

Por lo que respecta a nuestra comunidad, todos los convenios en vigor fueron negociados y publicados con posterioridad a aquél, razón por la cual deberían adecuar su regulación a la prevista en el ámbito estatal<sup>110</sup>, especialmente porque no podemos pasar por alto que una vez más nos encontramos ante una de las materias recogidas en el art. 84.3 LET, con la consabida consecuencia de la nulidad de la cláusula convencional inferior que lo incumpla<sup>111</sup>. Todo ello sin perjuicio de que se permita cierto margen de actuación a los convenios supraempresariales evasivos (art. 84.2 LET), pero recordando que su alcance se limita en este caso a los aspectos de adaptación al ámbito de la

---

regulaciones convencionales no ajustadas, debemos distinguir entre la compleja regulación que distingue diversos periodos en función del nivel/grupo en el que se clasifica el trabajador (convenio de Almería, art. 14); y la más simple de aquellos que se limitan a distinguir entre el personal cualificado (incluidos expresamente los Jefes), y el resto del personal, para el que fijan un periodo menor que para aquéllos; *v.gr.*, convenios de Cádiz (art. 36, que sin embargo no es seguido a nivel empresarial: convenio de Aspro Ocio, S.A., Sierra Morata (art. 17), y de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L.-); Córdoba (art. 9); y Málaga (art. 38.3, –copiado literalmente en el convenio de McDonald’s Sistemas de España Inc., art. 37-) .

<sup>109</sup> Navarro Nieto/Sáez Lara, Estructura y contenidos...; cit., pág. 155.

<sup>110</sup> Paradigmático, el convenio de Jaén que nuevamente se remite a (y copia literalmente, *vid.* Adenda 1) lo previsto en el TRALEH.

<sup>111</sup> STS, de 22/09/1998 (RJ 7576). Recientemente, STS, de 28/01/2004 (RJ 2180)

empresa (no del sector provincial)<sup>112</sup>. A mayor abundamiento, debemos advertir además que juega en favor del Acuerdo la preferencia que el legislador suele establecer por el convenio sectorial estatal como instrumento llamado a regular tal materia (art. 11 LET).

No obstante, la regulación convencional estatal no cubre todos los aspectos que el legislador remite a la negociación colectiva, amén de encontrarnos en su clausulado remisiones a la autonomía individual sobre aspectos que el propio legislador entendía que correspondía regular a la autonomía colectiva; todo ello creemos que debería de haberse tenido en cuenta para evitar tal absoluta reserva y sus consecuencias. Es más, las propias características de AM exigen una intervención en esta materia por parte de los negociadores inferiores. Así, en materia de remuneración de tales contratos, el nivel estatal remite expresamente a estos, si bien, y de manera sorprendente encontramos numerosos convenios que nada dicen al respecto, salvo que consideremos que los trabajadores con contrato formativo deben entenderse incluidos bajo la categoría y nivel retributivo de aprendiz<sup>113</sup>. E igualmente, de manera general, se contemplan en el nivel estatal previsiones para el fomento de los contratos formativos como vía de inserción laboral y cualificación de los jóvenes, al objeto de favorecer la incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores una vez finalizado el contrato formativo (en línea con las propuestas contempladas en el AINC'07). En este aspecto el TRALEH (art. 28, g y 29,i) se limita a afirmar que las empresas asumen el compromiso de fomentar la contratación indefinida de los trabajadores empleados bajo estas modalidades y hubieran agotado la duración máxima<sup>114</sup>. Sin embargo, nada sobre este punto hemos encontrado en los convenios de empresa analizados y sólo en el convenio de Granada (art. 9.G) se señala que “al finalizar el contrato formativo, pasarán a ocupar la plaza inmediatamente superior de la categoría para la que se realizó dicho contrato. De no existir vacantes pasará a cobrar el salario correspondiente a la misma, y en

<sup>112</sup> STS de 03/11/2000 (RJ 9631). Algunas cuestiones que en materia de contratación no ampara la excepción, en STSJ de Aragón, de 31/03/2003 (AS 773).

<sup>113</sup> Tal ocurre en los convenios de Almería, Córdoba, Huelva, Jaén y Sevilla (en éste y en el de Huelva se diferencia asimismo en función de que el trabajador sea o no mayor de edad). Como excepción, respecto al convenio en prácticas, véanse los convenios de Granada (recogiendo el mínimo legal), de Cádiz (70% y 80% del estipulado para la categoría, para el primer y segundo año, respectivamente) y de Málaga (85%). Y en relación al contrato para la formación, los convenios de Cádiz (cuantía absoluta, diferente según sea el primer o segundo año), Granada y Málaga (ambos indicando que recibirán el 85% de lo estipulado para la categoría, si bien este último distingue además según que el trabajador sea o no mayor de edad).

<sup>114</sup> Vid. asimismo art. 30.3, f TRALEH, por cuanto recuerda que en el *Plan de Formación Profesional para el sector* debe prever mecanismos para facilitar el acceso al empleo de los contratados en prácticas y para la formación.

ningún caso suspenderá la vinculación con la empresa computándose los años de aprendizaje y formativos para la antigüedad”.

Por lo que respecta a la actuación de los convenios de nuestra comunidad en relación al contrato en prácticas, subrayamos que la gran mayoría no incurre en la práctica en violación alguna, bien porque no hacen regulación sobre el tema<sup>115</sup>, bien porque se remiten expresamente al Acuerdo estatal<sup>116</sup>, o simplemente porque sus previsiones son las contempladas en éste y las que pudieran ser diferentes no se han llevado a cabo (pero de hacerlo, como adelantábamos, debe considerarse nulas *ex art. 84.3 LET –vid. también, art. 11.1 a LET–*)<sup>117</sup>.

Distinta es la conclusión general respecto al contrato para la formación, ya que importantes aspectos de su regulación estatal son obviados en los convenios andaluces. A modo de ejemplo, en muchos casos no se respeta la vigencia máxima propuesta a nivel estatal<sup>118</sup>. Tampoco se asumen las categorías profesionales señaladas a nivel estatal susceptibles de admitir esta modalidad u otorgan a la comisión paritaria del convenio la facultad de identificarlas, modificarlas o ampliarlas<sup>119</sup>. Sin embargo, este problema creemos que es consecuencia directa de lo señalado al referirnos al sistema de clasificación profesional y su relación con el sistema retributivo. Otro aspecto importante es el relativo a la escala contratos para la formación/plantilla de las empresas, ya que debido a la preferencia legal por los convenios sectoriales estatales en esta cuestión (art. 11.2.b LET), debemos concluir considerando inaplicable la intervención de los convenios provinciales<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Es el caso de Almería, Córdoba, Huelva y Sevilla.

<sup>116</sup> De nuevo, convenio de Jaén.

<sup>117</sup> Por ejemplo, en los convenios de Cádiz (art. 39.B, que fija una vigencia materialmente coincidente), y de Granada (art. 9.G), y Málaga (art. 40 y D.Transitoria). Este último, se remite a la Comisión Paritaria para que identifique las categorías que justifican este contrato, y que no se sujetan al Acuerdo estatal.

<sup>118</sup> *Vid.* convenio de Cádiz (art. 39.A, 2º a), de Córdoba (art. 10, si bien si distingue para el caso de discapacitados), de Granada (2 años), y de Málaga (art. 39.3).

<sup>119</sup> Tal es el caso del Convenio Málaga. El convenio de Cádiz se limita a remitir a lo que acuerde tal órgano paritario. Similar previsión contienen el convenio de Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L. *Vid.* igualmente, el convenio de Córdoba (art. 10: Grupo IV, en la redacción dada por el ALEH II).

Por esta razón precisamente, el convenio de Sevilla debe considerarse ajustado, pues pese a que no contempla las categorías justificadoras conforme al TRALEH, sí hace lo contrario: determinar aquellas para las que no podrá celebrarse tal tipo de contratos (nivel Quinto: mozos, limpiadores, etc.); lo cual responde, creemos a que las mismas carecen de la necesaria formación cualificada; en línea con las que ya fueron excluidas por los tribunales; SSTSJ de Madrid de 19/11/1998 (AS 6450), y de Extremadura, de 13/09/2000 (AS 4237). En general, sobre el tema, SSTS, de 18/12/2000 (AS 820 y 824/2001).

<sup>120</sup> *Vid.* convenio de Córdoba y de Málaga. Adviértase además que de no hacerse así, amén de obviar la mencionada preferencia y vaciar de sentido lo contemplado en el TRALEH, el

#### 2.3.4. Régimen disciplinario

El TRALEH incluye en su Cap. VI la propuesta que en materia de régimen disciplinario se recogió en el Acuerdo de 12 de abril de 2007 (BOE 02/06/2007), sustituyendo así la anterior regulación que desde el I ALEH se recogía (Cap. V, arts. 27-34)<sup>121</sup>.

De nuevo nos encontramos con una materia reservada en exclusiva al nivel estatal, y que forma parte del elenco de materias que, *ex art.* 84.3 LET, nuestros tribunales entienden reservadas al mismo, negando la posibilidad a los ámbitos inferiores de negociar sobre la misma<sup>122</sup>. En definitiva, se repite la situación ya señalada en otros momentos, con el añadido de que respecto al régimen disciplinario, no se prevé admitir transitoriamente las reglas que hubieran previsto los convenios de ámbito inferior que estuvieran vigentes a la entrada del Acuerdo estatal<sup>123</sup>; lo cual nos remite a la cuestión tratada al inicio de este estudio sobre cuándo se considera que un Acuerdo Marco puede imponerse a las unidades inferiores.

Consecuentemente, parece ser voluntad de los negociadores que el régimen disciplinario sea de aplicación en todo el ámbito estatal desde la entrada en vigor del mencionado Acuerdo de 2007, por lo que la solución debiera ser la nulidad de aquellas previsiones convencionales de ámbito inferior que no se sujeten al mismo. Con todo, cabe señalar que al tratarse de una materia incluida desde los primeros Acuerdos estatales, los convenios provinciales de nuestra comunidad se han ajustado en general de manera adecuada ya que la inmensa mayoría de ellos ha evitado cualquier mención al respecto<sup>124</sup>. Sólo podríamos señalar que salen de esta regla el convenio de Almería y el de Jaén que, como en otras cuestiones, han copiado la regulación convencional estatal, lo que explica que su regulación no se ajuste al TRALEH, pues fueron acordados antes de la entrada en vigor del Acuerdo arriba mencionado y por ello su contenido mantiene el régimen anterior (III ALEH).

---

empresario contratante que incumple la escala *provincial* se le consideraría que incurre en una falta administrativa. En todo caso, tal incumplimiento empresarial no debe considerarse como fraude en la contratación; por todas STS de Madrid de 19/02/1998 (AS 601).

<sup>121</sup> Con la nueva regulación, afirmaba aquél acuerdo, “se procede a incluir nuevas tipificaciones, como el acoso moral y discriminatorio o el uso abusivo de herramientas informáticas empresariales, se suprimen por obsoletas otras heredadas de la antigua Ordenanza Laboral, se regula con detalle la forma y plazo para la imposición en su caso de las sanciones disciplinarias, y en definitiva se mejora con carácter general la redacción en beneficio de la seguridad jurídica de las dos partes del contrato de trabajo” (Preámbulo II).

<sup>122</sup> Por todas, STS, de 19/07/2007 (RJ 2008/293).

<sup>123</sup> Tal es el caso, como sabemos, de los convenios de Granada, Jaén, Málaga y Sevilla.

<sup>124</sup> No obstante, algunos convenios de empresa siguen regulando esta materia, así Sierra Morata, S.L. (arts. 42 y sgs.); y Aspro Ocio, S.A. (arts. 45 y sgs.).

Finalmente, puntualizar que hay alguna previsión convencional específica, fuera incluso del capítulo dedicado al régimen disciplinario, que considera como falta muy grave (constitutiva en algún caso de despido) algún supuesto específico por ella previsto<sup>125</sup>. Creemos que al no ser el mismo reconducible a ninguna de las contempladas en el TRALEH, debiera anularse, y por tanto en todo caso, de acontecer el supuesto tipificado, la empresa debería acreditar que la misma supone una manifestación suficientemente grave de la trasgresión de la buena fe contractual (art. 54.2, d LET).

### 2.3.5. *Seguridad y salud laboral*

Muy recientemente, el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008) ha introducido un nuevo capítulo (X) sobre prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo en el sector que analizamos, del que se señala que una vez que se cierre no podrá ser objeto de negociación en los ámbitos inferiores (art. Tercero)<sup>126</sup>.

Para concretar y llevar a cabo las medidas que se pretenden, se crea la Comisión estatal sectorial de Seguridad y Salud en el trabajo en el sector de Hostelería (Cap. X, art.1), en cumplimiento, aunque matizadamente, de las directrices generales que al respecto viene estableciendo el AINC 2007 (prorrogado para 2008 –Anexo III)<sup>127</sup>.

Entre sus funciones, más allá de las propias de estudio y promoción, destacamos la de establecer los requisitos para la constitución de Comisiones territoriales inferiores y la formulación, puesta en práctica de planes y programas sectoriales de actuación<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> Se trata tanto la falsedad en las causas alegadas para disfrutar de la denominada por algún convenio excedencia especial (que se asemeja en algunos efectos a la forzosa o por motivos familiares: derecho reincorporación al puesto de trabajo, etc.), como el uso indebido de la misma (para fines distintos a los que la justificaron). Del primer caso, Convenio de Grabada (art. 24, últ. párr.); en el segundo, Convenio de Jaén (art. 30, últ. párr.).

<sup>126</sup> Se intenta dar respuesta así a una de las principales deficiencias en el sector; Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; cit., págs. 159 y 160.

<sup>127</sup> Para aquellas empresas con una plantilla superior a 50 trabajadores, *vid.* Documento adjunto al Anexo III (apdo. 3) AINC'08. Respecto de las denominadas microempresas, dicho AINC'08 establecía que sería la *Comisión Nacional de Seguridad y salud* la responsable de elaborar un *Plan especial* conforme a los criterios previstos (fijando los contenidos y también la evaluación de los resultados de sus actuaciones).

<sup>128</sup> En este sentido, se mandata a la Comisión Sectorial estatal para que elabore una propuesta en materia de salud y seguridad laboral (que deberá tener en cuenta las previsiones sectoriales inferiores ya existentes), que se someterá a la aprobación de la comisión negociadora del ALEH, en cuyo caso pasará a ser considerada como materia exclusiva del ámbito estatal (*ex art. 84.3 LET*).



Por tanto, y a falta de mayor concreción por parte de tal Comisión sectorial estatal, actualmente es posible la existencia de actuaciones en esta materia, tales como la existencia de Comisiones Provinciales de Salud que coordinen la aplicación de las normas y principios en materia de PRL<sup>129</sup>. Sin embargo, la mayoría de los convenios provinciales andaluces o no se manifiestan sobre el tema, o se limitan a repetir la norma (convenio de Jaén, arts. 53-55) o en su caso, recoger algún añadido menor (convenio de Sevilla, art. 31).

### 2.3.6. *Otras materias: Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario, igualdad y conciliación, formación profesional y premios de jubilación*

Además de las materias señaladas, a nivel estatal se contemplan otras cuestiones que recogemos de manera conjunta porque su efectividad y traslación en los ámbitos inferiores queda muy condicionada por tratarse de materias no contempladas en el art. 84.3 LET, y por lo tanto admitirse que los niveles intermedios puedan eludir tal regulación (*ex* art. 84.2 LET, convenios evasivos)<sup>130</sup>.

#### **a) Subrogación convencional y garantías por cambio de empresario.**

Limitado al servicio de colectividades o restauración social no era aplicable al subsector de alojamiento y hospedaje (ALEH II, D.A. 2<sup>a</sup>), hasta que el ALEH III varió los términos, y suspendió tal exclusión al considerar que no se mantiene salvo que se acuerde otra cosa<sup>131</sup>. Pese a que el art. 43, 4<sup>o</sup> *in fine* TRALEH vuelve a considerarla como competencia exclusiva del nivel estatal (salvo lo referido a derechos de información de los representantes, que en estos casos sería mínimo mejorable en niveles inferiores), lo cierto es que al quedar al margen de las materias del art. 84.3 LET, es posible, como así ocurre, que los niveles provinciales fijen su propia regulación<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Sobre esta figura, *vid.* convenios de Cádiz (Cap. 5<sup>o</sup>), de Sevilla y de Málaga (art. 64). En los niveles empresariales encontramos escaso eco de todo ello, no pasando de referencias genéricas o cumplimiento de las exigencias de participación (*comité de Seguridad y Salud*) y mandatos que se refieren en exclusiva al trabajador y no a la empresa; *v.gr.*, Sierra Morata, S.L. (arts. 51 y sgs.).

<sup>130</sup> Igualmente, Thibault Aranda, J., AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.), *Experiencias...*; *cit.*, págs. 139 y 140.

<sup>131</sup> También, Jurado Segovia, en AA.VV. *La negociación colectiva...*; *cit.*, pág. págs. 72 y 73.

<sup>132</sup> Creemos que no sería admisible la subrogación convencional impuesta en el convenio de Bacoval, S.L. (art. 32) cuando por ser absorbida, cambie de titularidad o simplemente su concesión, pase a otra empresa; pues se trata de una previsión que de coincidir en los requisitos con los del art. 44 LET nada añadiría, y si no es así, creemos que tampoco pudieran imponerse a quien no fue parte en dicho convenio (en el caso, el cesionario).

Sin embargo, y de manera general, podemos concluir que lo dispuesto en el nivel estatal tiene acogida en los ámbitos inferiores, y ello no sólo por el silencio que sobre este tema guardan algunos convenios (Almería, Cádiz y Huelva), y que implica la aplicación directa del Acuerdo estatal, sino también porque otra parte importante de convenios copian o se remiten a él<sup>133</sup>. Del resto, sólo pensamos que el convenio de Granada (art. 6.2) pueda suponer alejarse del régimen estatal, pues pese a que en el convenio de Sevilla (art. 25) se pretende una regulación propia para los casos de sucesión de concesiones administrativas (aunque subsidiaria a lo que pueda preverse en los pliegos de condiciones), la misma contempla un régimen que conlleva su aplicación exclusivamente cuando se produzca la entrega al concesionario del material necesario para la actividad, lo que nos lleva a cuestionarnos el interés por la misma, pues este supuesto puede quedar plenamente integrado en el art. 44 LET<sup>134</sup>.

**b) Igualdad y conciliación.** Siguiendo las exigencias del art. 85 LET y las directrices sugeridas AINC'08 (Anexo II, que reproduce el Cap. VI AINC'07), el Acuerdo de 24 de julio de 2008 (BOE 12/09/2008) introduce en el ALEH un nuevo Capítulo (IX) relativo a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Con él se viene a establecer los términos y las condiciones (adaptables a cada ámbito concreto) y a fijar las reglas de complementariedad para que la negociación del plan de igualdad se desarrolle en la empresa que esté obligada a ello, con orientaciones sobre aquellas materias susceptibles de tratamiento en su elaboración.

Como puede inferirse, es aún pronto para poder conocer el seguimiento de tales mandatos en los convenios inferiores, es más, en aquellos en los que existen algunas previsiones sobre estos aspectos no dejan de ser indicaciones caracterizadas por la falta de sistemática y objetivos comunes, pues tan sólo encontramos regulaciones parciales de algunos de los aspectos que debieran formar parte del mismo, en concreto, en lo relativo a la ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación personal, familiar y laboral (aunque más que dentro de la lógica señalada a nivel estatal, se limitan a ciertos derechos de preferencia o de excedencia por motivos familiares)<sup>135</sup>; en la prevención de los

<sup>133</sup> *Vid.* convenios de Málaga y Jaén (este último además añade que la subrogación también tendrá lugar en caso de reversión del servicio por dejar desierta la licitación). En el caso del convenio de Córdoba, además de copiar el texto estatal (D.A. 2<sup>a</sup>), añade la constitución de una comisión de trabajo en el seno de la comisión paritaria sobre control de subcontrataciones en el sector hotelero

<sup>134</sup> Por todas, SSTS de 06/02/1997 (RJ 999), y de 17/06/1997 (RJ 4758).

<sup>135</sup> Puede subrayarse que algunos convenios de nuestra comunidad vienen reconociendo a la excedencia por motivos familiares el carácter de forzosa a efectos del derecho a reincorporarse (convenios de Jaén, art. 30; Málaga, art. 25; y Córdoba, art. 46.C).

riesgos en la salud de las madres embarazadas<sup>136</sup>; y alguna mención genérica al acoso sexual o por esta razón (lejos pues del pretendido protocolo de actuación en este aspecto y el Código de Conducta, contemplados en el art. 8 y Anexo I al mismo del Acuerdo)<sup>137</sup>.

**c) Formación profesional.** Según el Estudio sobre recursos humanos en los sectores de alojamientos y restauración (FHER/Secretaría General de Turismo, 2007) la formación de sus trabajadores es el tercer gran problema que preocupa a las empresas del ámbito, y ello no sólo para dar respuestas a las necesidades de mano de obra cualificada, sino muy especialmente porque dicha cualificación se manifiesta en este sector (servicios) como un elemento esencial de competitividad, pues son las personas y su competencia profesional las que en gran medida fidelizan y satisfacen a los clientes<sup>138</sup>. Por tal razón se comprende que ya desde el I ALEH se incorporase esta materia.

La regulación al respecto ha tenido siempre como referente las regulaciones superiores, tanto los iniciales y sucesivos ANFC como ya en las últimas versiones del Acuerdo, fruto del cambio normativo en esta materia, las reglas legales (RD 1046/2003, derogado por el RD 395/2007). En este sentido, y dentro de la denominada formación de oferta (Secc. 3ª del Cap. II RD 395/2007), el TRALEH contempla el establecimiento de un Plan estatal de Referencia para la Formación Profesional en el Empleo para el sector de Hostelería, para lo cual faculta a la comisión paritaria sectorial estatal de formación continua (art. 31 y 32 TRALEH) para que lo realice (arts. 22.1.a, 24 y 35 RD).

A falta de concretar dicho Plan, y en todo caso, al tratarse de una materia al extramuros del art. 84.3 LET, es factible la existencia de regulaciones en

---

Igualmente, en materia de permiso por lactancia, algún convenio amplía la edad de referencia del menor (Marbella Club Hotel, S.A., art. 46), y en otros casos se mejoran los días en caso de solicitar la lactancia acumulada (McDonald's Sistemas de España Inc., art. 19)

De manera más general, encontramos diversos convenios provinciales que establecen la preferencia de quienes tienen hijos para disfrutar los descansos en fin de semana (Córdoba, art. 15. Jaén, art. 31); o en la elección de las vacaciones de quienes estén, tras la baja por maternidad, en disfrute del permiso por lactancia (Córdoba, art. 17, últ. párr.; y Jaén, art. 59); o incluso en la determinación del turno, ya sea para adaptarlo al horario de guardería (Jaén, art. 31), o por quien tenga a su cargo la guarda legal de un discapaz que no trabaje (Huelva).

<sup>136</sup> Algunas medidas ya contempladas en caso de riesgo durante el embarazo, se encuentran en los convenios de Cádiz (art. 27), Huelva (art. 30) o Jaén (art. 51), donde se recoge la posibilidad de cambiar de puesto o, si no es posible, suspender el contrato o facilitar comodidad en el existente. En este sentido, el convenio de Málaga (art. 66), precisa que dicho cambio lo será sin cambio retributivo –añadiendo la posibilidad de intercambio de puesto con otro trabajador, Marbella Club Hotel, S.A. (art. 38)-, y el de Granada (art. 23), incluye la prohibición de trabajos nocturnos en estos casos.

<sup>137</sup> Véanse los convenios de Almería (art. 75) y de Jaén (art. 56: acoso moral).

<sup>138</sup> La Formación en el Sector Turístico; cit, pág. 8. *Vid.* art. 30 TRALEH.

ámbitos supraempresariales inferiores<sup>139</sup>. Al respecto, no obstante, sólo encontramos tan sólo algunas previsiones parciales y nada coordinadas, destacando en todo caso los ámbitos intermedios, sobre las siguientes cuestiones: Primera, la formación es un aspecto tenido especialmente en cuenta a efectos de preferencia en la contratación, a favor de quienes o bien hayan participado en acciones formativas para el empleo, o bien, de forma más genérica, procedieran de las escuelas de turismo<sup>140</sup>. En segundo lugar, se prevé la constitución de estructuras paritarias monográficas sobre la formación profesional<sup>141</sup>. Y tercera, por lo que respecta a los aspectos individuales en este tema, debemos distinguir cuando la formación es decidida por la empresa, en cuyo caso es obligatoria y por tanto retribuida, su realización<sup>142</sup>; de cuando la misma parte de la iniciativa del trabajador, pues en estos casos hayamos poca originalidad respecto al art. 23 LET<sup>143</sup>. Así, sólo encontramos algún caso asilado que reconoce un permiso parcial y limitado para asistir a los cursos incluidos en planes de formación supraempresariales (Málaga, art.62: una vez al año).

**d) Premios de Jubilación.** Desde el III ALEH forman parte de la regulación convencional estatal las reglas para exteriorizar los denominados premios de jubilación o expresión análoga, al objeto de impulsar la negociación de ámbito inferior (y los procedimientos para resolver los conflictos que por ello pudieran derivarse) para que los sustituya y lo instrumente a través del correspondiente seguro colectivo, plan de pensiones o ambos (sólo cuando tuvieran

<sup>139</sup> Tarabini-Castellani Aznar, en AA.VV. La negociación colectiva...; cit., pág. 32.

<sup>140</sup> Convenios de Almería (art. 13.3º), Córdoba (arts. 8 y 11), Málaga (art. 39.9) y Sevilla (art. 34).

Nos llama la atención la relevancia que algunos convenios hacen respecto de cuál sea el centro donde se imparte la formación (Córdoba, art. 11), lo que parece evidenciar el interés de los negociadores porque la formación responda a las necesidades profesionales; y en este sentido, se llega incluso a proponer la creación de una *Escuela de Formación Profesional Permanente* y del *carnet profesional* (Jaén, art.27).

<sup>141</sup> Convenio de Sevilla (art. 34 *Comisión Provincial de FC*). Igualmente, en el de Granada (art.13), se le reconoce la función de elaborar un *plan de formación* y gestionarlo, si bien sujeto a lo previsto en el ALEH. En similares términos, el convenio de Málaga (art. 62), que se remite al II ANFCH. En esta línea, a nivel empresarial, se prevé la constitución de Comisiones de trabajo sobre la materia (Fundovel, D.T. Primera; Marbella Club Hotel, S.A., art. 39)

<sup>142</sup> Convenios de Málaga (art. 62), Sevilla (art. 34) y Jaén (art.27). Este último además reconoce un complemento (art. 36: paga de productividad) que puede condicionarse a haber participado en alguna de las acciones propuestas (siempre que éstas se desarrollen dentro de la jornada laboral).

<sup>143</sup> A lo sumo se añade la posibilidad de que algunos de los días requeridos para realizar exámenes sean retribuidos; así, convenios de Cádiz (art. 25, e), Huelva (art. 11) y Almería (art. 24). El convenio de Granada (art. 19.4) no establece límite alguno.

carácter de compromisos por pensiones)<sup>144</sup>. Los Acuerdos posteriores (de 9 de junio de 2006, BOE 27/07/2006; y de 27 de marzo de 2007, BOE 02/06/2007), en la misma línea, ampliaron los plazos para proceder a tal negociación-sustitución (fruto de las prórrogas legales para externalizarlos)<sup>145</sup>. Sin embargo, debemos subrayar el escaso cumplimiento de tales previsiones, pues en la mayor parte de los casos o bien se hace caso omiso a tales exigencias, o se limitan a proclamar que ese premio no requiere ser externalizado, al no constituir, afirman, mejora voluntaria<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> Dentro de esta salvedad, podemos reconducir aquellos supuestos en los que no se prevé una cuantía dineraria si no más bien una *licencia retribuida* para los trabajadores de más de 60 años y con una importante antigüedad en la empresa que voluntariamente extingan su contrato (incluida la jubilación); Málaga (art. 23 bis).

<sup>145</sup> Al respecto debemos recordar que en esta cuestión rige la necesidad de externalización (con independencia de la forma de pago: a tanto alzado, renta, etc.), pues tras la entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (LOSSP), no es posible la existencia de fondos internos para gestionar las mejoras directas calificables como compromisos por pensiones, sobre los que pesa, como señalamos la obligación de externalizarse (*ex* Directiva Comunitaria 80/987 y D.A. 1ª TRLRPPF 1/2002 -reformada por Ley 35/2006-).

<sup>146</sup> *Vid.* convenios de Córdoba (art. 48), Granada (art. 39), Jaén (art. 49), y Huelva (art. 17, que excluye a los despedidos o por causas objetivas). A nivel empresarial, Hostelería Gaditana Puerta del Mar, S.L (art. 29), y Hotel Puerto Bahía (art. 19). En estos casos las empresas se comprometen a otorgar directamente una indemnización a tanto alzado por tal concepto.



# QUINCE AÑOS DE ELECCIONES SINDICALES EN ANDALUCÍA\*

FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ

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

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Arbitraje Electoral**

Desde su introducción en el Estatuto de los Trabajadores como procedimiento para la impugnación de las elecciones a la representación unitaria de los trabajadores, el arbitraje se viene desarrollando en España como un cauce de solución de controversias en materia electoral que, si bien con algunas deficiencias derivadas en muchos casos de de la propia regulación legal, insuficiente o poco clara, pone de manifiesto ciertamente la madurez de nuestro sistema de relaciones laborales. Una madurez que se supone el trabajo conjunto de los agentes sociales, de la administración laboral y de los profesionales designados como árbitros y que se plasma en el bajo índice de impugnación en vía judicial de los laudos dictados en los procedimientos arbitrales.

El objetivo que nos planteamos en el presente trabajo es hacer un recorrido por el procedimiento arbitral a la luz de la experiencia de estos quince años de vigencia, con especial referencia a la situación andaluza, intentando poner de manifiesto dónde se han producido sus puntos de fricción o sus principales interrogantes y dónde creemos que debería abordarse una intervención legislativa de mejora del sistema.

## ABSTRACT

**Key Words: Electoral Arbitration**

Since its introduction in the Statute of Workers' Rights as the procedure to challenge elections for the unit representation of workers, arbitration is carried out in Spain as a means to solve conflicts in electoral issues which, despite certain deficiencies derived from insufficient or unclear regulation, is proof of the maturity of our industrial relations system. A maturity born from the joint work of social partners, the labour administration and the professionals appointed as arbitrators, and expressed by the low level of legal challenges of the decisions reached in arbitration procedures.

The objective set in this work is to run the course of arbitration procedures in view of the experience gained in the last fifteen years, making special reference to the situation in Andalusia, trying to show where friction or questions have arisen and where legal interventions should be carried out to improve the system.

<sup>1</sup> El presente trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Nacional SEJ 2007-65816 sobre eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo.

## ÍNDICE

1. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL PARA LA RESOLUCIÓN DE IMPUGNACIONES EN MATERIA ELECTORAL
2. EL ÁMBITO MATERIAL DEL PROCEDIMIENTO
3. LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCEDIMIENTO
  - 3.1. Los legitimados para impugnar
  - 3.2. La “otra parte”
  - 3.3. El árbitro en materia electoral
  - 3.4. La oficina pública
4. LAS CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DEL PROCESO ELECTORAL
5. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEDE ARBITRAL
  - 5.1. La reclamación ante la mesa como requisito previo
  - 5.2. El escrito de impugnación
  - 5.3. Efectos del inicio del procedimiento
6. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO
7. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

## 1. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE IMPUGNACIONES EN MATERIA ELECTORAL

Con fecha 23 de mayo de 1994, hace ahora quince años, se publicaba en el BOE la Ley 11/1994, mediante la cual se procedía a la modificación de numerosos preceptos de, entre otras normas, el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Procedimiento Laboral.

Una de las escasas materias reformada entonces con el beneplácito de las organizaciones sindicales<sup>1</sup> fue el régimen de impugnación de las elecciones a la representación unitaria, que pasaba de la sede judicial a la arbitral, introduciendo un sistema hasta entonces novedoso para la resolución de este tipo de conflictos, cuya instauración fue calificada en su día como “magnífica audacia del legislador laboral de 1994”<sup>2</sup> o, más recientemente, como “una de las novedades más interesantes y singulares del nuevo marco electoral que surge de la Ley 11/1994”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> No en vano traía causa en un Acuerdo Intersindical firmado por CC.OO. y UGT en 1992 que, en opinión de algunos autores, se incorpora a la reforma del 94 quizá como una “compensación” al conjunto de las medidas adoptadas. En este sentido, Calvo Gallego, F.J., *El arbitraje en las elecciones < sindicales >*, Tirando lo blanch, Valencia, 1997, página 24.

<sup>2</sup> Sánchez Pego, F.J., “Algunas consideraciones generales sobre la modalidad procesal en materia electoral”, en Comentarios al trabajo de M. González Alonso, Elecciones sindicales. El procedimiento arbitral en Cantabria, Lex Nova, Valladolid, 1996, página 29.

<sup>3</sup> Miranzo Díez, J.J., “El ámbito material del proceso electoral”, en AA.VV., (Romero Ródenas, M.J., Coordinadora), Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales, Bomarzo, Albacete, 2006, página 207.



Por su parte, la Ley 18/1994, de 30 de junio, modificando la Ley 9/1987, reguladora de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, daba una nueva redacción a los artículos 28 y 29 de la misma, conforme a la cual se asimilaba el sistema de impugnación de las elecciones a la representación unitaria en el ámbito de la función pública con el sistema previsto para la relación laboral<sup>4</sup>. Con posterioridad la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 44), ha mantenido el procedimiento arbitral como medio de impugnación de las elecciones a Juntas de personal y Delegados de personal, si bien de una forma tan genérica que necesariamente ha de ser objeto de desarrollo reglamentario para que el sistema pueda ser operativo<sup>5</sup>.

El procedimiento arbitral pasaba a ocupar el eje del sistema de control de las elecciones “sindicales”, y pasaba también a ser objeto de numerosas reflexiones en relación con su verdadera naturaleza<sup>6</sup>, a tenor de las notas que lo caracterizan, señaladamente, su carácter obligatorio, en la medida en que es la única vía de impugnación del proceso electoral a representantes unitarios, del cual van a derivar otras notas: su carácter de requisito preprocesal<sup>7</sup>, dado que la intervención judicial en el procedimiento electoral sólo puede producirse a través de la impugnación de los laudos dictados en vía arbitral; su carácter revisable, en la medida en que las causas de impugnación del laudo se han diseñado de forma tan amplia que la capacidad de conocimiento del juez abarca tanto cuestiones de forma como de fondo<sup>8</sup>, pues de lo contrario se estaría conculcando el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> En este sentido, Escudero Rodríguez, R., “La reforma de la normativa electoral funcional: un nuevo hermanamiento con la legislación laboral”, RL 1994 (I), página 1106.

<sup>5</sup> En tanto éste no se produzca, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 7/2007 prevé el mantenimiento de la vigencia de los preceptos relativos al procedimiento electoral, y en concreto de los artículos 28 y 29, relativos al procedimiento arbitral.

<sup>6</sup> De “procedimiento arbitral sui generis” lo calificaba Gasco García, E., “Las causas de impugnación arbitral”, en AA.VV., (Romero Ródenas, M.J., Coordinadora), *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, página 231; para Gilolmo López, J.L., “Elección de los representantes de los trabajadores y proceso en materia electoral”, RL Tomo II, 1995, página 448, más “institución pseudo-judicial que verdadero arbitraje”

<sup>7</sup> García Muñoz, M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales (Sevilla, 1994-2000)*, CARL-Tecnos, Madrid, 2002, página 246, lo ha definido como “requisito de procedibilidad” para poder acudir a la vía judicial

<sup>8</sup> De hecho, Miranzo Díez pone de manifiesto cómo la STS, Sala 3ª, de 2 de enero de 1996, Ar. 163 incluso señala que la facultad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional termina siendo incluso más extensa que la del árbitro.

<sup>9</sup> Vid. doctrina contenida en la STCO 174 1995.

En definitiva, el sistema arbitral se convierte en una especie de “primera instancia” para la materia electoral, pero con los inconvenientes que implica el tratarse de un procedimiento privado, que no público, de composición de conflictos, que pueden concretarse en tres aspectos fundamentales.

En primer lugar, la condición de sujeto privado que tiene el árbitro, falto de autoridad, no ya judicial, sino siquiera administrativa, hace que en algunos supuestos sea sumamente dificultoso poder llegar a obtener todos los datos necesarios para una correcta solución de la controversia, a pesar incluso de que el artículo 76. 6 establece que el árbitro puede solicitar la colaboración del empresario y de las Administraciones Públicas en caso de ser necesario. Un ejemplo de la experiencia práctica puede servir para ilustrar esta afirmación. En caso de que se produzca alguna discrepancia entre los datos que aporta la empresa en relación con la plantilla (y que la mesa da por buenos) y los que les consta a alguno o todos los sindicatos intervinientes en el proceso (número de trabajadores, tipo de contrato, antigüedad, número de días trabajados, etc) el único medio de conocer la situación real es acudir a los datos que obran en poder de la Tesorería General de la Seguridad Social. Pues bien, este órgano, desde la promulgación de la Ley Orgánica de Protección de Datos, viene siendo reticente a la hora de facilitar al árbitro el acceso a la información solicitada, toda vez que la norma impide suministrar datos a personas particulares en relación con la situación de otras. Y ni siquiera la oficina pública podría solicitar los datos requeridos, por cuanto que no estarían relacionados con las funciones que ésta debe asumir a lo largo del procedimiento. En cuanto a la vía de que los sindicatos soliciten a la Tesorería los datos a tenor del derecho de acceso a los registros públicos que le otorga el artículo 67 del Estatuto, pero se da la circunstancia de que dicho acceso se prevé exclusivamente en relación con la promoción de las elecciones, y no respecto de otras fases del procedimiento electoral.

En segundo lugar, aunque el artículo 76.3 del Estatuto de los Trabajadores prevé (y el 34 del RD 1844/1994 reitera) que la Administración laboral competente facilitará la utilización de sus medios personales y materiales por los árbitros en la medida necesaria para que éstos desarrollen sus funciones, no hay previstas (al menos en Andalucía y hasta donde sabemos) partidas presupuestarias para atender a los gastos que el procedimiento arbitral pueda generar más allá de lo que supone el abono al árbitro de la indemnización correspondiente por su actuación, la puesta a disposición de los espacios para reuniones o el trabajo del personal administrativo en cuanto a citaciones y notificaciones. Ni siquiera está previsto quién se haría cargo de los gastos de desplazamiento en caso de que hubiera que llevar a cabo como medio probatorio una personación en el centro de trabajo.

Finalmente, la falta de publicidad de los laudos obliga a los árbitros a trabajar en un cierto “aislamiento”, desconociendo en muchos casos lo que se dispone por otros árbitros en supuestos similares. Esta carencia está siendo

suplida de alguna manera, valiosa pero insuficiente, por las publicaciones de repertorios de laudos arbitrales que se ha llevado a cabo en diversos lugares de nuestra geografía<sup>10</sup>, pero quizá convendría que la administración laboral se planteara llevar a cabo la publicación de estas resoluciones de forma periódica.

Pese a todo, desde la primavera de 1994 hasta el momento presente el arbitraje en materia electoral en Andalucía se ha consolidado plenamente y se ha manifestado como un cauce no sólo aceptado por las partes implicadas sino idóneo y eficaz para abordar las impugnaciones de los procesos electorales de la representación unitaria tanto en la empresa como en la Administración y, en el seno de ésta, tanto para el personal laboral como el funcionario. En esta situación ha influido, desde nuestro punto de vista, tanto la disposición de las organizaciones sindicales y de las empresas como la dedicación y la solidez profesional de las personas nombradas como árbitros a lo largo de este tiempo, que han llevado a cabo una labor seria y responsable que ha dado como fruto un sistema de arbitraje en materia electoral sólido y maduro.

## 2. EL ÁMBITO MATERIAL DEL PROCEDIMIENTO

Dispone el párrafo primero del artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores que “las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en este artículo, con excepción de las denegaciones de inscripción, cuyas reclamaciones podrán plantearse directamente ante la jurisdicción competente”.

La concreción del término genérico “materia electoral” va a venir plasmada en el artículo 76.2 y concordante del RD 1894/1994, en los que se especifica que lo impugnable será la elección, las decisiones que adopte la mesa, así como cualquier otra actuación de ésta a lo largo del proceso electoral. Términos lo suficientemente amplios como para que en ellos quepa casi todo, pero también lo suficientemente faltos de concreción como para que se puedan producir determinadas dudas e interpretaciones diversas sobre ciertos aspectos<sup>11</sup>. De entre ellos el más importante, sin duda alguna, el relativo a la

<sup>10</sup> Entre otros, vid. González Alonso, M., *Elecciones sindicales. El procedimiento arbitral en Cantabria*, Lex Nova, Valladolid, 1996; García-Perrote Escarpín, I., Lantarón Barquín, D., Agut García, C., *Los laudos arbitrales de las elecciones sindicales (Antología)*, Lex Nova, Valladolid, 1997; García Muñoz, M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000), Tecnos, Madrid, 2002.

<sup>11</sup> En extenso sobre este tema vid. Miranzo Díez, J.J., “El ámbito material del proceso electoral”, en AA.VV., (Romero Ródenas, M.J., Coordinadora), *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, páginas 207 a 225; De Val Tena, A.L., “El proce-

inclusión o no del preaviso en el ámbito material del procedimiento, que ha dado lugar a dos posibles interpretaciones sobre las que la doctrina se ha posicionado y los árbitros han tenido que decidir en la práctica de sus actuaciones.

Como es sabido, argumentos hay en ambos sentidos, esto es, en el de considerar que el preaviso de elecciones es materia electoral que se integra plenamente no solamente en el espíritu del procedimiento instaurado en el artículo 76, sino también en su letra, al ser claramente “materia electoral”<sup>12</sup> a la que alude el 76.1; y también en el de considerar que entre las materias contempladas expresamente como objeto de impugnación en el 76.2 no se encuentra el preaviso, por lo que éste habrá de entenderse excluido del procedimiento arbitral<sup>13</sup>. El debate no ha cesado, ni siquiera a la luz de las resoluciones judiciales recaídas en la materia<sup>14</sup>, por lo que, de “*lege ferenda*”, sería muy conveniente que se aclarase el ámbito material del procedimiento y, en concreto, si el preaviso es competencia del arbitro o, por el contrario, del juez y, en este caso, a través de qué vía procesal se plantea la impugnación.

En el otro extremo del proceso electoral encontramos la disposición respecto de las resoluciones administrativas que denieguen la inscripción de las actas electorales, cuyas impugnaciones a tenor del artículo 76.1 “podrán plantearse directamente ante la jurisdicción competente”. La expresión verbal utilizada (podrán plantearse) parecía en un primer momento permitir que el impugnante pudiera optar entre utilizar el procedimiento arbitral o acudir a la vía judicial directamente. Interpretación que no sería descabellada por cuanto que el artículo 28.1 de la LORAP disponía respecto de las elecciones en el ámbito de la función pública que en las reclamaciones contra las denegaciones de inscripción “podrá optarse entre la promoción de dicho arbitraje o el planteamiento directo de la impugnación ante la jurisdicción social”. Pero, ciertamente, tras la publicación del RD 1844/1994 se disipaba toda duda interpretativa en esta materia, al disponer el texto reglamentario en su artículo 28 que “las reclamaciones por denegación del registro de actas electorales se plantearán directamente ante la jurisdicción del orden social”.

---

dimiento arbitral electoral como instancia previa a la impugnación judicial: determinación material de su competencia”, en AA.VV., *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa* (Ojeda Aviles, A., Coordinador), Tecnos, Madrid, 1996.

<sup>12</sup> En este sentido, García-Perrote Escarpín, I., “La impugnación de la promoción de elecciones”, en AA.VV (Romero Ródenas, M.J., Coordinadora), *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, páginas 81 y ss.

<sup>13</sup> En este sentido, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G., *Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995, página 41 y ss; Calvo Gallego, F.J., *El arbitraje en las elecciones «sindicales»*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, página 73 y ss.

<sup>14</sup> Vid. Fuentes Rodríguez, F., “Preaviso de elecciones sindicales. Competencia para examinar su validez”. *Temas Laborales* nº 58, 2001.

Entre un momento y otro (preaviso y registro del acta) se producen toda una serie de controversias que en unos casos son claramente materia electoral (incluso siendo anteriores al inicio del proceso electoral, que tiene lugar con la constitución de mesa, según señala el artículo 74.1 del Estatuto) y en otros no lo son, aún produciéndose o manifestándose durante el transcurso del procedimiento.

Dentro de la primera categoría tendríamos todas aquellas actuaciones que son necesarias para el inicio del procedimiento, tanto por parte de la oficina pública (registro del preaviso, traslado de éste a la empresa) como por parte del empresario (comunicación del preaviso a los trabajadores que han de formar parte de la mesa o mesas electorales y a los representantes de los trabajadores; remisión del censo laboral a la mesa, cuando se trate de elecciones a delegados de personal). Aspectos que quedarían incluidos en el ámbito del procedimiento a tenor del artículo 76.1 del Estatuto pero excluidos del mismo a tenor de la concreción llevada a cabo en el 76.2.

Dentro de la segunda, todas aquellas cuestiones relacionadas con algún aspecto del proceso electoral y que se ponen de manifiesto a lo largo del mismo (irregularidades en la contratación temporal de la empresa; cesión de trabajadores; determinación del tipo de contrato de un trabajador, etc.) pero que claramente quedan fuera de la competencia del árbitro y deben ser sustanciados a través del proceso ordinario o de la modalidad procesal correspondiente. Entre ellas consideramos incluidas las posibles lesiones de la libertad sindical que se produjeran durante el desarrollo del proceso electoral, para cuyo conocimiento el árbitro carece de competencia, pues desde nuestro punto de vista la preferencia y sumariedad en la tutela de los derechos fundamentales que prevé el artículo 53.2 de la Constitución no puede admitir la exigencia de una vía previa a la jurisdiccional<sup>15</sup>.

### **3. LOS SUJETOS QUE INTERVIEN EN EL PROCEDIMIENTO**

#### **3.1. Los legitimados para impugnar**

A tenor del artículo 76.2 podrán ser impugnantes todos los que tengan interés legítimo en el proceso electoral, incluida la empresa cuando en ella

<sup>15</sup> El artículo 64.1 de la Ley de Procedimiento Laboral señala que los procesos de tutela de libertad sindical, entre otros, se exceptúan del requisito de la conciliación previa; por su parte, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que las pretensiones de tutela de la libertad sindical han de quedar exentas de cualquier procedimiento obligatorio de mediación o conciliación que retrase su solución.

concurra dicho interés (que para el legislador no es siempre, pues). Pese a esta imprecisión en los términos, a la luz del conjunto de la regulación sobre el proceso electoral, puede siquiera vislumbrarse quién tiene o puede tener interés legítimo.

De un lado, los promotores del proceso electoral, sean sindicatos o no. No cabe comentario al respecto; si han promovido el proceso electoral, su interés en el mismo parece estar fuera de toda duda<sup>16</sup>.

De otro, los sujetos que hayan presentado candidatos la proceso electoral, sean sindicatos o no. Su concurrencia al proceso con intención de obtener resultados electorales parece eliminar asimismo cualquier duda sobre su interés en el devenir del proceso.

Se ha apuntado asimismo a la legitimación de todos los sindicatos, genéricamente, aunque no hayan participado en el proceso electoral. La razón de esta atribución de interés en un proceso electoral a un sindicato que no ha participado en el mismo derivaría del hecho de que el proceso electoral no sólo va a servir para elegir a la representación unitaria en una empresa o centro de trabajo, sino que el resultado de estos procesos electorales va a ser, a tenor de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la LOLS, el parámetro medidor de la representatividad sindical en el sistema español de relaciones laborales. Parece lógico, por tanto, que todo sindicato tenga interés legítimo en los procesos de elecciones, por cuanto que el resultado de los mismos va a influir en su posición en el sistema<sup>17</sup>, y así lo confirma la norma al establecer un plazo de impugnación del proceso electoral diferenciado para el caso de sindicatos que no hayan presentado candidatos a las elecciones, como veremos.

Por lo que respecta a la empresa, la expresión del legislador merece un breve comentario pues parte de la premisa de que hay supuestos en los que la empresa no va a ser titular de un interés legítimo que le permita impugnar el proceso electoral. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la conclusión es que la empresa siempre tiene un interés, que desde luego es legítimo, en el proceso electoral. ¿Cómo podría no tenerlo si el resultado de ese proceso va a ser el establecimiento de una representación en un centro de trabajo de la empresa, respecto de la que tendrá una serie de obligaciones y a la que tendrá

<sup>16</sup> No obstante se han dado supuestos, ciertamente raros, en los que el sindicato promotor ha adoptado una actitud de pasividad tal durante el proceso (no concurrió a la constitución de la mesa electoral, no se personó en ningún momento del procedimiento, no presentó candidaturas) que el árbitro niega la existencia de interés legítimo a la hora de admitir la impugnación planteada (García Muñoz, M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000), CARL-Tecnos, Madrid, 2002, página 251).

<sup>17</sup> García Muñoz, M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000), CARL-Tecnos, Madrid, 2002, página 249.

que facilitar su labor?. Resulta obvio que la empresa tiene que ser uno de los principales sujetos interesados en que el proceso se desarrolle correctamente y conforme a los requisitos y procedimientos legales, por lo que resulta difícil pensar en qué casos podría negarse a la empresa la posibilidad de impugnar el proceso por no concurrir en ella un legítimo interés.

Finalmente debe señalarse la posibilidad de que cualquier trabajador de la empresa pueda impugnar el proceso electoral en la medida en que se vea afectado por las actuaciones que se van produciendo a lo largo del procedimiento (la mesa no lo ha incluido en el censo electoral; los datos con los que consta en el censo no son correctos; se le ha impedido votar, etc).

### 3.2. La “otra parte”

Ni el Estatuto de los Trabajadores ni el RD 1844/1994 determinan en ningún momento quién ostenta la legitimación pasiva en estos procedimientos. Se ha señalado, con razón, que legitimados pasivos serán aquellos sujetos a los que se tiene que dirigir el escrito de impugnación, exclusión hecha por supuesto de la oficina pública; esto es, los promotores de las elecciones y, en su caso, los que hayan presentado candidaturas a las elecciones objeto de impugnación<sup>18</sup>. Indicación que se confirma a la luz de lo dispuesto en el artículo 37.d del RD 1844/1994 que, al determinar el contenido del escrito de impugnación señala que deberá concretar “las partes afectadas por la impugnación del proceso electoral en relación con el artículo 36 del presente Reglamento” que, a su vez, contiene una redacción similar a la del artículo 76 al señalar como receptores del escrito de impugnación a los promotores y a los que han presentado candidaturas.

Pues bien, sin poner en tela de juicio que estos sujetos sean legitimados pasivos, lo que nos planteamos es si sólo pueden ser legitimados pasivos estos sujetos. Y entendemos que la respuesta debe ser negativa.

En efecto, desde nuestro punto de vista, y a la luz de la experiencia, resulta haber otros sujetos además de los indicados que pueden ser legitimados pasivos en el procedimiento arbitral. Señaladamente la empresa, por cuanto que algunas de las decisiones de la mesa electoral que pueden ser impugnadas no derivan sino de datos suministrados por la empresa (es el caso del cálculo del número de trabajadores a efectos de determinar la representación o el censo de electores y de elegibles, que se establecen a tenor del censo laboral facilitado por la empresa), y sólo puede ser ésta quien pueda responder a la impugnación sobre esos datos.

<sup>18</sup> En este sentido, García Muñoz, M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000), CARL-Tecnos, Madrid, 2002, página 252.

En general, y para evitar que puedan no ser llamados al procedimiento sujetos interesados en el mismo, entendemos que debe considerarse de forma amplia la atribución de legitimación pasiva. Y, en este sentido, creemos que sería necesario que la norma contuviera una fórmula abierta respecto de quiénes pueden ser sujetos pasivos en el procedimiento arbitral, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 129.2 de la Ley de Procedimiento Laboral respecto del proceso de impugnación del laudo arbitral, al disponer que la demanda deberá dirigirse, además de contra las personas y sindicatos que fueron partes en el procedimiento arbitral, “frente a cualesquiera otros afectados por el laudo objeto de impugnación”, salvando de este modo la posibilidad de que todos aquellos a los que pudiera afectar el proceso electoral y que no están previstos expresamente pudieran ser llamados al procedimiento arbitral.

En cualquier caso, lo que parece claro es que la mesa electoral no ostenta la condición de parte, pese a ser sus actos los que se impugnan en la mayoría de las ocasiones, pues de la mesa ha de predicarse su neutralidad en el procedimiento aunque pueda equivocarse en sus actuaciones concretas. En este sentido, y en el ámbito jurisdiccional, el artículo 129.2 de la Ley de Procedimiento Laboral señala taxativamente que en “en ningún caso tendrán la consideración de demandados los comités de empresa, los delegados de personal, o la mesa electoral”.

### 3.3. El árbitro en materia electoral

Dado que el arbitraje en materia electoral es un arbitraje en derecho<sup>19</sup>, el Estatuto de los Trabajadores establece la exigencia de una determinada cualificación para los sujetos que pueden ser designados como árbitros. En concreto, se dispone que habrán de ser licenciados en derecho, graduados sociales o titulados equivalentes. Esa titulación equivalente ha venido siendo desde la modificación de los planes de estudio de los Diplomados en Graduado Social, los Diplomados en Relaciones Laborales. En el momento presente, de adaptación de los títulos existentes al Espacio Europeo de Educación Superior<sup>20</sup> habrá que ver qué títulos van a ser los equivalentes a los que señala la norma, pues las posibilidades de contenido e incluso de denominación de los títulos parece ser ilimitada. En Andalucía, los títulos herederos de los que señala el artículo 76 del Estatuto van a ser el Grado en Derecho, de un lado, y el Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, de otro.

<sup>19</sup> El artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores señala que el laudo será escrito y razonado, resolviendo en derecho sobre la impugnación del proceso electoral y, en su caso, sobre el registro del acta.

<sup>20</sup> Proceso que se ha de producir en virtud del RD 1393/2007, conforme al cual se están adaptando y transformando los títulos actuales.



Dispone el precepto que su designación habrá de hacerse conforme a los principios de neutralidad y profesionalidad, pero desde nuestro punto de vista debe entenderse que la neutralidad y la profesionalidad han de ser cualidades de los árbitros, y no principios del proceso de designación. La regla general es que los árbitros sean designados por períodos de cinco años por acuerdo unánime entre los sindicatos más representativos, a nivel estatal o de Comunidad autónoma, según proceda, y de los que ostenten el diez por ciento o más de los delegados y de los miembros de los Comités de empresa en el ámbito provincial, funcional, o de empresa correspondiente.

Si no existiera acuerdo unánime entre los sindicatos, la autoridad laboral competente establecerá la forma de designación, atendiendo a los principios de imparcialidad de los árbitros, posibilidad de ser recusados y participación de los sindicatos en su nombramiento. Entendemos que posibilidad de ser recusados exige siempre que se de alguna de las causas para ello. En cuanto a la participación habrá de ser en fase de propuesta, y no se exigirá el acuerdo unánime, pues de lo contrario estaríamos claramente ante el supuesto de designación directa. El Reglamento, en desarrollo de esta previsión, dispone que la autoridad laboral competente debe ofrecer en cada una de las diferentes demarcaciones geográficas una lista que contendrá el triple del número árbitros de los previstos en cada una de ellas, para que las organizaciones sindicales manifiesten sus preferencias por un número igual de puestos a cubrir, siendo designados los que hayan sido propuestos por un número mayor de sindicatos. En caso de empate en el número de sindicatos que propone al árbitro, la autoridad laboral los designará en proporción a su representatividad (expresamente dice que en proporción al número de representantes de trabajadores con que cuente cada sindicato), debiendo entenderse desde nuestro punto de vista que el ámbito a tener en cuenta es aquél para el que van a ser designados, y no el ámbito total de representación del sindicato en cuestión.

En cuanto a la distribución territorial de los árbitros, el art. 32 del RD parece establecer el criterio provincial, al ser la provincia el parámetro medidor de la población activa a efectos de determinar el número de árbitros<sup>21</sup>.

Cabe la posibilidad de que las partes en un procedimiento concreto se pusieran de acuerdo en la designación de un árbitro distinto. En este caso parece que la neutralidad y la profesionalidad habrían de darse por sobreentendida en la medida en que la persona ha sido aceptada voluntariamente por ambas partes. Ese acuerdo parece ser absolutamente necesario cuando el proceso electoral impugnado afecte a más de una provincia, hecho que puede suceder si se trata

<sup>21</sup> Así, en provincias de menos de 200.000 trabajadores: dos árbitros; provincias entre 200.000 y 600.000; cinco árbitros en provincias que rebasen los 600.000 trabajadores.

de la elección de un Comité de Empresa Conjunto en centros de trabajo de municipios limítrofes de distintas provincias. El “mandato” (en palabras del artículo 76 del Estatuto) de los árbitros tendrá una duración de cinco años, pudiendo ser renovado. No alude a un número de renovaciones, debiendo entenderse en tal caso que no habrá límite, pues se parte del apoyo unánime de los sindicatos.

Alguna vez se ha criticado el hecho de que las asociaciones empresariales no participen en la designación de los árbitros, en el entendimiento de que sus representadas, las empresas, son unos de los sujetos más interesados en el proceso electoral. Sin embargo, desconocemos que haya propuesta alguna de modificación de la normativa en vigor en este sentido.

Por lo que respecta al control de la neutralidad e imparcialidad del árbitro, se establece un régimen de causas de abstención y recusación bastante pormenorizado<sup>22</sup>, si bien se exige su concurrencia en el momento de plantearse el arbitraje, siendo así que, desde nuestro punto de vista, debería atenderse a un período temporal más amplio (como sucede con la prestación de servicios, que se retrotrae a los dos años anteriores). El árbitro en el que concurra alguna de las causas expuestas deberá abstenerse del conocimiento del asunto. Dispone la norma que la abstención deberá ser motivada y se comunicará a la oficina pública de registro para que se proceda a designar a otro árbitro. Aunque no se diga expresamente, entendemos que la abstención deberá formularse por escrito, pues sólo así habrá constancia de que se ha producido y de las razones de la misma. En caso de que, concurriendo a juicio de las partes del procedimiento una causa de abstención, el árbitro no se abstuviera, podrá ser recusado. El árbitro decidirá motivadamente (de nuevo entendemos que ha de ser por escrito) lo que estime oportuno, pero en caso de no aceptar la recusación la parte que la haya planeado podrá alegarla ante el juez si impugna el laudo arbitral.

Las causas de extinción del mandato se fijan en el artículo 33 del RD 1844/1994.

<sup>22</sup> Los árbitros deberán abstenerse o, en su defecto, ser recusados, en los siguientes supuestos: tener interés personal en el asunto de que se trate; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa con alguna de las partes; tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el arbitraje, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior; tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto o haberle prestado en los últimos dos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

En primer lugar, el cumplimiento del tiempo para que el fueron nombrados.

En segundo lugar, el fallecimiento (casi no habría ni que mencionarlo).

En tercer lugar, el fijar su residencia fuera del ámbito territorial para el que fueron nombrados, si bien hoy en día no parece que ésta sea una causa idónea “per se”, por cuanto que los medios de comunicación existentes permiten desarrollar una labor profesional a cierta distancia del lugar de residencia. Sería lógico si existiera una conexión entre el cambio de residencia y el abandono de las labores como árbitro. De no ser así, a nuestro entender cada persona tendría que decidir si desea continuar, si le compensa trasladarse para ejercer la labor de arbitraje, y no suponer una causa de extinción automática.

Finalmente, por revocación, siempre que exista acuerdo unánime de los sindicatos legitimados para su designación.

### **3.4. La oficina pública**

No cabe la menor duda de que la oficina pública dependiente de la autoridad laboral asume un importante papel en todo el proceso de elecciones. Y, desde luego, en el procedimiento arbitral.

Dispone el artículo 24 del RD 1844/1994 que corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan recibido los correspondientes trasposos de servicios, la organización en su respectivo ámbito territorial de las oficinas públicas u órganos correspondientes que asuman sus funciones. En Andalucía, que se encuentra en este caso, las funciones de esta oficina pública dependiente de la autoridad laboral se han residenciado en los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC) de cada provincia, interviniendo en cada caso la competente en función del ámbito del procedimiento. Normalmente será la provincial, pero también podrá ser la autonómica para procesos electorales de Comités de Empresa Conjuntos para centros de trabajo de municipios limítrofes pertenecientes a distintas provincias, o incluso la estatal en elecciones a Comités de Empresa Conjuntos para centros de trabajo de municipios limítrofes pertenecientes a Comunidades Autónomas distintos.

La oficina pública desarrolla una serie de actuaciones a lo largo del procedimiento arbitral, unas previstas expresamente en la normativa y otras derivadas de la obligación que el legislador impone genéricamente a la Administración laboral de facilitar sus medios personales y materiales en la medida necesaria para que los árbitros desarrollen sus funciones. Así, entre las primeras, recibe el escrito en el que se solicita la iniciación del procedimiento arbitral (25.n del RD 1844/1994); da traslado de este escrito a los árbitros por turno correlativo, así como de una copia de del expediente electoral adminis-

trativo (25.ñ)<sup>23</sup>; recibe la notificación del laudo arbitral (25.o). Entre las segundas, al menos en los procedimientos que conocemos que se desarrollan en Andalucía, lleva a cabo las actuaciones de comunicación con las partes a tenor de las indicaciones del árbitro (citaciones, traslado de la impugnación y de copia del expediente); pone a disposición del árbitro las instalaciones necesarias para llevar a cabo el acto de comparecencia ante el árbitro y, una vez recibido el laudo, lo notifica a los interesados.

#### 4. LAS CAUSAS DE IMPUGNACIÓN DEL PROCESO ELECTORAL

Las causas por las que puede impugnarse el proceso electoral están enumeradas en el artículo 76 del Estatuto de los Trabajadores, que contempla tres causas específicas y una de carácter genérico en la que, dada la amplitud de los términos con que está formulada, parece que caben infinidad de supuestos<sup>24</sup>.

Comenzando por las específicas, la primera que se recoge es la falta de capacidad o de legitimidad de los candidatos elegidos. Esa falta puede ir referida tanto a aspectos personales (falta de la edad requerida) como profesionales (no pertenecer a la empresa, no tener una relación laboral común<sup>25</sup>, no tener la antigüedad suficiente, no pertenecer al colegio electoral por el que ha sido elegido, etc) o relativas al propio proceso (no haber sido avalada su candidatura convenientemente, etc).

En segundo lugar el precepto alude a la discordancia entre el acta y el desarrollo del proceso electoral, y al hacerlo de forma genérica debe entenderse que en cualquiera de los aspectos del proceso. En definitiva, se trataría en este caso de situaciones en las que la mesa electoral falta a su deber básico a la hora de velar por el desarrollo del proceso y de la plasmación de ese desarrollo en el acta que se lleva a registro.

En tercer lugar, se incluye como motivo de impugnación la falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el

<sup>23</sup> Adicionalmente al criterio de la asignación de asuntos entre los distintos árbitros por turno de reparto puede haber otros. Así, en la provincia de Cádiz los árbitros asumen la competencia sobre los procedimientos de un ámbito geográfico determinado y el criterio preferente es la ubicación del centro de trabajo cuyo proceso electoral se impugna.

<sup>24</sup> En extenso sobre estas causas vid. Gasco García, E., "Las causas de impugnación arbitral", en AA.VV., (Romero Ródenas, M.J., Coordinadora), *Aspectos conflictivos de las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2006, páginas 227 a 250.

<sup>25</sup> En la medida en que los titulares de un contrato de alta dirección tienen impedida su participación como electores y elegibles en el proceso electoral a la representación unitaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del RD 1382/1985.

número de representantes elegidos. En este caso debemos interpretar que la diferencia ha de producirse entre el número de trabajadores que figura en el acta a efectos de hacer el cómputo de plantilla y el número de representantes que se han elegido, lo cual produciría una situación de supra o de infra-representación respecto de las previsiones contenidas en los artículos 62 y 66 del Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, aunque enunciada en primer lugar en la norma, se prevé como causa de impugnación del proceso electoral la existencia de vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado. Esta es, según la experiencia práctica, la principal causa alegada en las impugnaciones de los procesos electorales pues, como decíamos, parece que en su seno cabe casi todo. Esta conclusión, sin embargo, puede ser errónea. En efecto, si atendemos al primer requisito, la existencia de vicios en el procedimiento, debe recordarse que han de ser graves y que han de ser susceptibles de incidir en las garantías del procedimiento, por lo que no cualquier vicio en el proceso da lugar al nacimiento de la causa de impugnación. Pero es que, además, el segundo requisito es que altere el resultado electoral (lo cual no siempre es acreditable, ciertamente). Y ambos han de concurrir simultáneamente, según la norma. El resultado puede ser, como vemos, casi el contrario al que apuntábamos, y suponer, en teoría, de una dificultad extrema poder alegar esta circunstancia como causa de impugnación. No obstante, en la práctica lo que sucede es que, de un lado, casi todos los vicios que se producen en el proceso electoral pueden ser conectados con la libertad sindical, con lo cual su gravedad y la afectación de garantías del proceso es casi de segura apreciación por el árbitro, y de otro, que resulta casi imposible descartar que el vicio pudiera alterar el resultado electoral, con lo cual el árbitro no puede desestimar la impugnación por no concurrir causa para la misma.

## **5. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEDE ARBITRAL**

### **5.1. La reclamación previa ante la mesa**

Producido el acto que se trata de impugnar podrá plantearse la impugnación directamente (76.5), pero no si lo que se trata de impugnar es un acto de la mesa. En este caso, se exige como requisito previo a la tramitación del procedimiento arbitral el haber presentado reclamación ante la misma. Seguramente como modo de hacer replantearse sus actos a la mesa, antes de acudir a una instancia ajena al propio proceso electoral.

La reclamación deberá plantearse dentro del día laborable siguiente al acto que motiva la impugnación. Desde nuestro punto de vista con la alusión a día

laborable, diferenciado de hábil, pretende darse cobertura a aquellas situaciones en las que, por su proceso productivo, puede que los que son días hábiles no sean laborables (y viceversa)<sup>26</sup>, y los trabajadores no se encuentren en el centro de trabajo.

No establece ni el Estatuto ni el Reglamento la necesidad de que la reclamación se presente por escrito, por lo que a priori podría hacerse verbalmente. No obstante, la necesidad de acreditar que se ha presentado la reclamación como requisito de admisibilidad de la impugnación lleva prácticamente a la exigencia de forma escrita, salvo en aquellos casos en que la mesa haga constar expresamente en el acta la presentación de la reclamación, lo cual no siempre es posible pues al tener que presentarse el acta para registro únicamente tras la finalización del proceso electoral, sólo en ese momento podría constatarse si consta o no la reclamación verbal, por lo que no serviría de cara a impugnaciones previas a ese momento. Supuesto el caso de que la mesa no admitiese la entrega del escrito de reclamación entiendo que lo que cabe es plantear la impugnación e intentar acreditar testificalmente que se ha intentado dicha entrega.

La reclamación deberá ser resuelta por la mesa en el posterior día hábil, salvo cuando se trate de procesos electorales en centros de trabajo de hasta treinta trabajadores, esto es, cuando se elija un solo delegado de personal, en los que se prevé que el proceso pueda desarrollarse en un breve plazo de tiempo (que habrá de ser, al menos, de 24 horas). Pues bien, parece que, por su dicción, la excepción que fija el precepto se refiere exclusivamente al plazo para la resolución de reclamaciones, y no para la presentación de las mismas, respecto de la cual, al no haber previsión específica, podría entenderse que sigue rigiendo el común previsto, esto es, el posterior día laborable al acto que motiva la reclamación. Pero esta interpretación nos parece difícil de casar en la práctica con las previsiones generales del último párrafo del artículo 74.2, por cuanto que presentada una reclamación dentro del plazo legal (en el posterior día laborable al que se produce el hecho a reclamar) podemos encontrarnos con que un proceso electoral ya terminado e incluso con las actas ya entregada, con la disfunción que supondría esto de cara a la impugnación en vía arbitral. .

El RD 1844/1994 viene a resolver una de las cuestiones que se podrían plantear más dificultades a la hora de proceder a la impugnación, cual es el silencio de la mesa electoral, disponiendo en el artículo 30.3 que si la mesa no resuelve la reclamación en los plazos previstos se entenderá que se trata de un

<sup>26</sup> Pensemos en empresas del sector de hostelería, cuyo día de descanso semanal coincide habitualmente con días hábiles según el calendario de la Administración, pero que no es laborable en esa empresa.

acto presunto de carácter desestimatorio, quedando expedita la vía para iniciar el procedimiento arbitral.

## 5.2. El escrito de impugnación

### 5.2.1. *Contenido*

Prevé el artículo 36 que el escrito de impugnación podrá ser normalizado mediante modelo aprobado por la autoridad laboral. Dicho modelo no se ha adoptado con carácter general en Andalucía, por lo que las impugnaciones se tramitan conforme a una variedad de escritos, en los que en cualquier caso y como mínimo, debe constar, a tenor del artículo 37 del RD 1844/1994 lo siguiente:

- Oficina pública competente ante la que se presenta la impugnación, si bien el error en su determinación no obstará para la tramitación del escrito impugnatorio. En la práctica lo que viene sucediendo es que la oficina erróneamente designada que recibe el escrito lo remite a la competente.

- Nombre y apellidos del promotor de la reclamación, documento nacional de identidad así como acreditación de la representación que ostenta cuando actúe en nombre de persona jurídica.

- Domicilio a efecto de citaciones, emplazamientos o notificaciones.

- Partes afectadas por la impugnación del proceso, concretando su denominación y domicilio.

- Hechos que dan lugar a la reclamación

- Acreditación de haberse efectuado en plazo reclamación previa ante la mesa, en caso de impugnarse un acto de ésta.

- Solicitud de acogerse al procedimiento arbitral, si bien entendemos que no es requisito esencial, pues la mera presentación del escrito de impugnación ya supone la intención de instar el procedimiento<sup>27</sup>.

- Lugar, fecha y firma de la reclamación.

Debe ponerse de manifiesto que en el listado de datos que debe contener es escrito no se alude en ningún momento a la petición que el impugnante formula. Dicho de otro modo, se carece de una exigencia en paralelo a la que contiene el artículo 80 de la Ley de Procedimiento Laboral respecto de las demandas en vía jurisdiccional respecto del suplico de las mismas en los términos adecuados al contenido de la pretensión ejercitada. Con este silencio por parte del legislador se provocan no pocas situaciones confusas para los intervinientes en el

<sup>27</sup> En coincidencia con García Muñoz. M., *Proceso de elecciones sindicales y laudos arbitrales* (Sevilla, 1994-2000), CARL-Tecnos, Madrid, 2002, página 266.

proceso arbitral así como para el propio árbitro, que en algunas ocasiones desconoce qué pronunciamiento es el que se le está solicitando. Esta falta de exigencia al promotor de la impugnación ha de ser salvada necesariamente en el trámite de comparecencia, en el que el árbitro correspondiente habrá de recibir por parte del impugnante aclaración de cuál es el sentido de su impugnación, qué pretensión demanda, qué espera obtener a través del laudo arbitral. De lo contrario no podría entenderse que el artículo 128 de la Ley de Procedimiento Laboral establezca como motivo de impugnación del laudo en vía judicial el “haber resuelto el laudo aspectos no sometidos al arbitraje” y dejaría tanto a la parte contraria en una situación de indefensión como al árbitro en la imposibilidad de resolver adecuadamente.

### 5.2.2. *Destinatarios*

El escrito habrá de dirigirse a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral que sea competente en razón del ámbito territorial del proceso electoral impugnado; a quien promovió las elecciones y, en su caso, a quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de impugnación.

Entendemos que planteado el caso de que el escrito sólo se dirigiera por el impugnante a la oficina pública, el defecto no produciría la invalidez de la impugnación si de alguna manera (por la propia oficina pública, por el árbitro) se ha dado traslado al promotor y a aquellos que hayan presentado candidatos al proceso electoral, ya que en definitiva lo que persigue la norma es que todos los implicados en un proceso electoral tengan conocimiento de que el mismo ha sido impugnado. En este sentido, en la práctica de que tenemos conocimiento en Andalucía, lo habitual es que el impugnante dirija su escrito a la oficina pública señalando los interesados en el procedimiento (entre los que han de encontrarse, obviamente, los promotores y los que han presentado candidatos a las elecciones, en su caso) y que sea el árbitro el que, al hacer la citación correspondiente, de traslado del escrito de impugnación a dichos interesados.

Se echa en falta en la dicción del precepto la alusión a la empresa como destinataria de la comunicación de que el proceso se ha impugnado, siendo así que es uno de los sujetos principales en este proceso, al ser en definitiva el lugar en el que se va a ejercer la representación cuyo proceso electoral se ha puesto en cuestión.

### 5.2.3. *Plazo de interposición*

Sin duda una de las cuestiones más complejas en el régimen del procedimiento arbitral es el la determinación del plazo para presentar el escrito de impugnación, dado que distingue, de un lado, entre impugnaciones de hechos



producidos antes o después del día de la votación y, de otro, impugnaciones presentadas por sujetos que han participado o no en el proceso electoral.

Veamos cuál es la situación.

Con carácter general, en las impugnaciones de actos producidos con anterioridad al día de la votación el escrito deberá presentarse en el plazo de tres días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se hubieran producido los hechos o la mesa hubiera resuelto la reclamación.

Ahora bien, si la impugnación es promovida por sindicatos que no hubieran presentado candidaturas en el centro de trabajo en el que se hubiera celebrado la elección, los tres días computarán desde el día que se conozca el hecho impugnado. La razón de este distinto tratamiento es clara, pues se trata de sindicatos que no han estado en contacto con el proceso electoral, y que no han seguido las incidencias de éste, pero la dificultad en algunos casos está en poder concretar el momento en que se conocen los hechos y, sobre todo, en determinar si la norma se refiere momento en que se pudo conocer el hecho o al momento en que se conoció efectivamente por el sindicato impugnante. Pese a que esta segunda interpretación es aceptada por un sector de la doctrina, entendemos que en la práctica supondría dejar los procesos electorales abiertos con carácter ilimitado, pues el conocimiento del hecho impugnado puede llegar al sindicato mucho tiempo después de haberse producido. No parece razonable y, sobre todo, no parece adecuado desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues incluso el resultado de procesos electorales terminados y con las actas inscritas quedaría a merced de impugnaciones de sindicatos que, además, ni siquiera han tenido interés en el proceso electoral. Desde nuestro punto de vista, pues, los tres días deben computarse desde el momento en que el sindicato pudo conocer los hechos, bien por ser de común conocimiento (a través de prensa, por ejemplo), bien por estar contenidos en el acta publicada por la oficina pública.

Si se impugnasen actos del día de la votación o posteriores al mismo, el plazo será de diez días hábiles, contados a partir de la entrada de las actas en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Dado que en este caso no se distingue un régimen diferenciado para aquellos sindicatos que no hayan presentado candidaturas a las elecciones debe entenderse que el de diez días hábiles es común para todos los impugnantes, lo cual nos ratifica aún más en la idea de que el legislador no pretende dejar la puerta abierta indefinidamente a posibles impugnaciones de sindicatos ajenos al proceso electoral.

### **5.3. Efectos del inicio del procedimiento**

El primero de los efectos del inicio de un procedimiento arbitral, según dispone el artículo 76 del ET, y reitera el 39 del RD 1844/1994, es que hasta

que no finalice el mismo y, en su caso, la posterior impugnación judicial, quedará paralizada la tramitación de un nuevo procedimiento arbitral. Lo que no dice expresamente es si ha de entenderse que quedará paralizada la tramitación de un nuevo procedimiento basado en hechos idénticos o si quedará paralizada la tramitación de cualquier procedimiento arbitral, sea cual sea la causa de la impugnación. En la práctica, ni lo uno ni lo otro, pues pueden suceder varias cosas: la menos probable, que la oficina pública remita la segunda impugnación a un árbitro distinto del designado para la tramitar la primera, con lo que hasta que no se de el acto de comparecencia puede ser que no conozca que se está tramitando una impugnación sobre el mismo proceso electoral; la más probable, que la oficina pública remita el segundo escrito al árbitro designado para conocer de la primera impugnación, y que éste acumule las impugnaciones y las resuelva juntas, lo cual viene siendo perfectamente aceptado por las partes y responde al principio de economía procesal. En cualquier caso, si se trata de impugnaciones planteadas al mismo tiempo, habrá de determinarse cuál paraliza a cuál, y qué criterio habría de utilizarse para establecer la prioridad, pues no siempre se trata de impugnaciones con un número de registro de entrada en la misma oficina pública<sup>28</sup>.

El segundo de los efectos del planteamiento del procedimiento arbitral es la interrupción de los plazos de prescripción, también a tenor de los artículos 76. 5 y 39 del RD 1844/1994.

Finalmente, el planteamiento del arbitraje supondrá la suspensión de la tramitación del registro de las actas electorales, si éstas se hubieran presentado, según dispone el artículo 40 del RD 1844/1994.

## 6. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Este es con seguridad uno de los aspectos menos tratados en el conjunto del sistema arbitral para la resolución de las impugnaciones en materia electoral. Las prescripciones al respecto son escasas, pudiendo responder este hecho a varias razones. Así, de un lado, podría ser que dada la naturaleza privada del arbitraje el legislador no haya querido instaurar una tramitación determinada, que pudiera hacer pensar en una “publicación” aún mayor del sistema que lo identificase con un procedimiento administrativo. De otro, quizá se ha intentado primar la eficacia y la rapidez, prescindiendo de una procedimentalización

<sup>28</sup> Piénsese en impugnaciones presentadas a través de las vías que prevé la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo común o cuando existen varias oficinas públicas de registro en la misma provincia (por ejemplo Cádiz, Jerez y Algeciras, en la provincia de Cádiz).

excesiva y dejando a criterio de los árbitros el planteamiento del desarrollo del proceso, lo cual, preservando las garantías de las partes, no cabe duda de que lo dota además de una gran dosis de flexibilidad.

Una vez recibido el escrito de impugnación por la oficina pública, ésta dará traslado del mismo al árbitro en el día hábil posterior a su recepción, así como de una copia del expediente electoral administrativo. Esta remisión se viene produciendo en Andalucía mediante correo certificado con acuse recibo. La norma dispone que a las 24 horas siguientes de recibir el escrito, el árbitro convocará a las partes interesadas para un acto de comparecencia, que habrá de tener lugar en los tres días hábiles siguientes. Aunque esta previsión responde a la necesidad de celeridad del proceso, ciertamente es poco realista, pues supone, en primer lugar, la plena disponibilidad del árbitro y, en segundo lugar, que las citaciones pueden llegar a las partes en un tiempo récord (antes de tres días), lo cual no resulta posible en la inmensa mayoría de los casos.

Si las partes, antes de comparecer ante el árbitro designado, se pusieran de acuerdo y designaran a uno distinto, lo notificarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para que de traslado a este árbitro del expediente administrativo electoral y que continúe con él el resto del procedimiento.

El árbitro podrá practicar las pruebas que estime pertinentes o conformes a derecho, incluyendo la personación al centro de trabajo y la solicitud de la colaboración necesaria del empresario y de las Administraciones públicas. Pero, como señalamos en otro lugar de este trabajo, no cuenta con una dotación presupuestaria para poder afrontar los gastos que le pueda suponer la práctica de esas pruebas, con lo cual las posibilidades quedan bastante limitadas.

## 7. LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento termina con la emisión por parte del árbitro de un laudo, que será escrito y razonado, y deberá resolver en derecho sobre la impugnación del proceso electoral y, en su caso, sobre el registro del acta<sup>29</sup>. Aunque nade dice la normativa sobre su estructura, con carácter general los laudos que se emiten en estos procedimientos se articulan de forma parecida a las sentencias, con una parte de antecedentes, otra de fundamentos jurídicos y otra de disposición arbitral.

El plazo para dictar el laudo se establece en tres días hábiles a partir del acto de comparecencia. Sin embargo, este plazo será imposible de cumplir si en dicho

<sup>29</sup> En relación con este pronunciamiento sobre el registro del acta señala el artículo 76 la oficina pública procederá al registro del acta o su denegación, según el contenido del laudo, si se hubiese impugnado la votación, pero debe entenderse que esta previsión es aplicable en todos los supuestos en los que, habiendo un acta pendiente de registro, el árbitro ha dispuesto al respecto en el laudo.

acto se plantean hechos que necesiten para su acreditación datos que no constan en ese momento o si las partes proponen medios de prueba adicionales a los que se hayan aportado en el acto de comparecencia. En estos casos, habrá de entenderse que el plazo para dictar el laudo se contará a partir del momento en que el árbitro tenga todos los elementos a su disposición para poder emitir una resolución. De lo contrario, el árbitro estaría obligado a dictar una resolución sin todos los datos a su disposición y se daría la posibilidad (que se ha planteado en la práctica) de que el laudo fuera impugnado por no tomar el árbitro en consideración los medios de prueba propuestos por una de las partes<sup>30</sup>.

Dispone el artículo 76.6 del Estatuto de los Trabajadores que el laudo se notifica a los interesados y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, haciendo recaer de esta forma la obligación de notificación a todas las partes en el árbitro. En la experiencia que conocemos, sin embargo, la oficina pública asume la tarea de notificación a las partes interesadas una vez ha recibido el laudo por parte del árbitro, como manifestación del deber de colaboración con éste que le impone la normativa del procedimiento.

El laudo podrá impugnarse ante el orden jurisdiccional social a través de la modalidad procesal correspondiente. Dicha modalidad es la contemplada en los artículos 127 a 132 de la Ley de Procedimiento Laboral, ubicada en la Sección correspondiente a “Materia electoral”, en la que se incluye asimismo el procedimiento de impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro de las actas electorales. Dispone el artículo 28 del RD 1844/1994 que las reclamaciones por denegación del registro de actas electorales se plantearán directamente ante la jurisdicción del orden social. Como simple reflexión debe apuntarse que el art. 76 del ET dispone que las reclamaciones frente a las denegaciones de inscripción “podrán” plantearse directamente ante la jurisdicción competente, en los mismos términos que lo hace el art. 133 de la Ley de Procedimiento Laboral y que ya hemos comentado al tratar el ámbito material del procedimiento de impugnación de elecciones. Debe entenderse que el procedimiento judicial de impugnación del laudo dictado en las elecciones en la función públicas es este mismo, pues aunque el artículo 127 de la ley procesal únicamente se refiere a “los laudos arbitrales previstos en el artículo 76 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, el artículo 2.º de la misma norma establece que corresponde a la jurisdicción social el conocimiento de “procesos sobre materias electorales, incluida la denegación de registro de actas electorales, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

<sup>30</sup> Artículo 128.d de la Ley de Procedimiento Laboral: El laudo podrá ser impugnado por no haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas y de presentar pruebas.

## PROTECCIÓN SOCIAL

La protección a la dependencia en Andalucía  
Juan Antonio Maldonado Molina

Protección social e inmigración: la apuesta integradora en el ámbito de la asistencia social y los servicios sociales en Andalucía  
Sofía Olarte Encabo

Naturaleza jurídica de los incrementos de pensiones fijados por la Junta de Andalucía  
Julia Muñoz Molina

El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad  
María Luisa de la Flor Fernández

## RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo  
Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Diálogo social y la concertación en las relaciones laborales de Andalucía  
M<sup>a</sup> Nieves Moreno Vida

Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico español  
Javier Calvo Gallego

La experiencia en negociación como facilitadora de los procesos de mediación  
Jiména Ramírez-Martín  
Francisco J. Medina  
Lourdes Munduate Jaca

Problemática de la estructura de la negociación colectiva en España  
Federico Navarro Nieto

La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía  
Manuel Correa Carrasco

La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública andaluza  
Inmaculada Marín Alonso

Experiencias de negociación colectiva articulada en Andalucía: sectores de la madera y hostelería  
M<sup>a</sup> Inmaculada Benavente Torres  
Antonio Costa Reyes

Quince años de elecciones sindicales en Andalucía  
Francisca Fuentes Rodríguez

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



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
**CONSEJERÍA DE EMPLEO**