
TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

103

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

VOCALES

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

COMITÉ DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
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)

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 103/2010
Primer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Cláusulas de revisión salarial. Instrucciones de uso para tiempos de crisis 13
JESÚS R. MERCADER UGUINA
DANIEL PÉREZ DEL PRADO
- Conciliación de vida privada y laboral.....
JAIME CABEZA PEREIRO
- Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público.....
FEDERICO NAVARRO NIETO
- El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones...
M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
- Diálogo social, acuerdos interconfederales para la negociación colectiva e igualdad entre mujeres y hombres
EVA SALDAÑA VALDERAS

2. MERCADO DE TRABAJO

- La recuperación económica está aún lejana.....
Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (tercer trimestre de 2009)
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO**
Universidad de Almería
Eficacia de los acuerdos adoptados en asamblea de trabajadores y negociación colectiva
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
- PODER DE DIRECCIÓN**
Universidad de Córdoba
Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿con efectos perversos? .
M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

Reflexiones críticas sobre la invitación al pago en el RETA.

SOFÍA OLARTE ENCABO

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Jubilación parcial anticipada del personal estatutario de los servicios
de salud

JUAN IGNACIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo .

FERNANDO ELORZA GUERRERO

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía . .

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

DECRETO 322/2009, de 1 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013 y se establece su composición, funciones y funcionamiento
(BOJA núm. 183 de 17 de septiembre)

DECRETO 362/2009, de octubre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento.
(BOJA núm. 220 de 11 de noviembre)

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

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

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

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
N° 103/2010
First Trimester**

INDEX

1. STUDIES

Revision of salaries' clauses. User's guide for the current crisis. . . .

JESÚS MERCADER UGUINA

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Work and family life conciliation.

JAIME CABEZA PEREIRO

Plans to stabilise temp-employment in The Basic Statute of Public Employees.

FEDERICO NAVARRO NIETO

Early retirement plans' impact on the pension system.

M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

Social dialogue, interconfederal agreements for collective bargaining and equal treatment for men and women

EVA SALDAÑA VALDERAS

2. LABOUR MARKET

The economic recovery still far away

Report on the labour situation in Spain and Andalusia (third trimester 2009)

SANTOS RUESGA BENITO

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

LAURA PÉREZ ORTÍZ

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR RIGHTS

University of Almeria

The efficiency of the agreements reached in the workers' assembly and collective bargaining

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

MANAGEMENT POWER

University of Cordoba

Automatic and objective guarantee of pregnant women: one limit to the management power... could it mean an evil effect?

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ**SOCIAL SECURITY PENSIONS**

University of Granada

A reflexion and criticism about the idea to pay in RETA (Special Regime for Autonomous Workers)

SOFÍA OLARTE ENCABO

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Partial early retirement of health care sector's statutory personnel . .

JUAN IGNACIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA

THE END OF THE EMPLOYMENT CONTRACT

Universidad Pablo de Olavide

Dismissal and proof of indirect gender discrimination

FERNANDO ELORZA GUERRERO

4. LEGISLATION REMARKS

Legislative comment about the Andalusian Autonomous Community . .

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL INSTRUCCIONES DE USO PARA TIEMPOS DE CRISIS

JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

Investigador en formación. Becario FPU
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación dolectiva, Inflación, IPC, cláusulas de revisión salarial

En los últimos meses los datos de inflación registrados han sido inferiores a los previstos por el Gobierno. Esta situación, que no es nueva en la economía española, sin embargo supone una rotura en la tendencia de los últimos años.

Esta diferencia entre la inflación registrada o real y la esperada u oficial tiene implicaciones para las relaciones laborales y, en particular, en la aplicación de las cláusulas de revisión salarial. Estas cláusulas, que son usadas para garantizar los salarios frente al efecto de la inflación, son aplicadas cuando la inflación real supera la esperada. Pero, ¿qué ocurre en el caso contrario? ¿permanecen estas cláusulas también activas en este caso?

Este trabajo trata de ofrecer una respuesta a estas cuestiones. Así, se analizan las implicaciones económicas de la garantía salarial para la economía española, su uso en la negociación colectiva y su aplicación por los Tribunales, sin olvidar algunos aspectos prácticos para las empresas.

ABSTRACT

Key Words: Collective Bargaining, Inflation, IPC, wage guarantee clause (cost-of-living allowance, -US-)

In the last months, the inflation rate registered by the Government has been lower than expected. This situation, which is not new in the Spanish economy, however it represents a break in the trend of last years.

This difference between the registered or real inflation rate and the expected or official one has some implications for industrial relations and, particularly, for the application of "wage guarantee clauses". These clauses, that are used to protect wages against the inflation effect, are applied when the real inflation is higher than expected. But, what happens in the opposite case? Are these clauses also valid in this case?

This research tries to offer an answer to these questions. We analyse the economic implications of the wage guarantee in the Spanish economy, its use in collective bargaining and its application by Courts of Justice, without forgetting some practical aspects for companies.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS SALARIOS. UNA MIRADA ECONÓMICA
3. MORFOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL
4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL
 - 4.1. La posible revisión a la baja cuando el IPC real resulta ser inferior al IPC previsto
 - 4.2. Pero... ¿existe un IPC previsto por el Gobierno?
 - 4.3. Imposibilidad de compensación salvo que la misma se encuentre prevista en convenio colectivo
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La situación económica que atraviesa España en los últimos meses se ha caracterizado por un rápido deterioro de nuestra economía que, por lo que a los precios se refiere, ha llevado aparejado un descenso de sus tasas de crecimiento interanuales, situándose incluso en los últimos meses en cifras negativas.

Este doble aspecto, el general y el particular, la crisis económica y la caída de los precios, tiene, como no puede ser de otra forma, importantes repercusiones en el ámbito de las relaciones laborales.

El presente estudio se centra en una de ellas, la relativa a los salarios y, en concreto, en un instrumento jurídico, las cláusulas de revisión salarial (también denominadas de garantía o salvaguarda salarial), al que no se prestó gran atención, que no suscitó especial interés, hasta el advenimiento de las circunstancias actuales que acabamos de describir. En efecto, como se verá, el hecho de que en su concepción clásica se trate de un mecanismo que sólo se “activa” cuando la inflación real supera a la prevista, ha supuesto que no haya sido hasta ahora cuando se ha despertado una cierta curiosidad por esta figura, en un intento de conciliar el mantenimiento de poder adquisitivo de los trabajadores, finalidad esencial a la cual sirve, con la flexibilidad que requieren las empresas, especialmente cuando están atravesando dificultades como las que se derivan de la actual coyuntura económica.

Por ello, en un primer apartado abordaremos, desde una perspectiva económica, la importancia que la revisión salarial tiene como mecanismo de garantía del poder adquisitivo de los trabajadores en nuestra economía, deslindándola del concepto de crecimiento salarial, a la vez que explicaremos tangencialmente la forma de su funcionamiento, el modo en que se “activa”, en su concepción clásica.

En segundo lugar, estudiaremos el modo en que la negociación colectiva ha hecho uso de este instrumento jurídico para, por último, pormenorizar el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a la cuestión, esto es, la forma en

que se han resuelto los conflictos interpretativos que la aplicación de las cláusulas de revisión salarial en las circunstancias actuales han suscitado. Todo ello en un intento de determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la salvaguarda salarial en nuestro país, cuál es la finalidad última que las partes pretenden otorgarle al fijarla en el contenido del pacto o convenio.

En definitiva, de lo que se trata es de mostrar, desde diversos puntos de vista y desde una perspectiva práctica, cuál es el estado actual de la cuestión, además de descubrir la enorme potencialidad que las cláusulas de revisión salarial pueden tener como mecanismo flexibilizador de los incrementos salariales, aunque ello suponga apartarse, como veremos, de la tradicional concepción que de ellas hemos tenido.

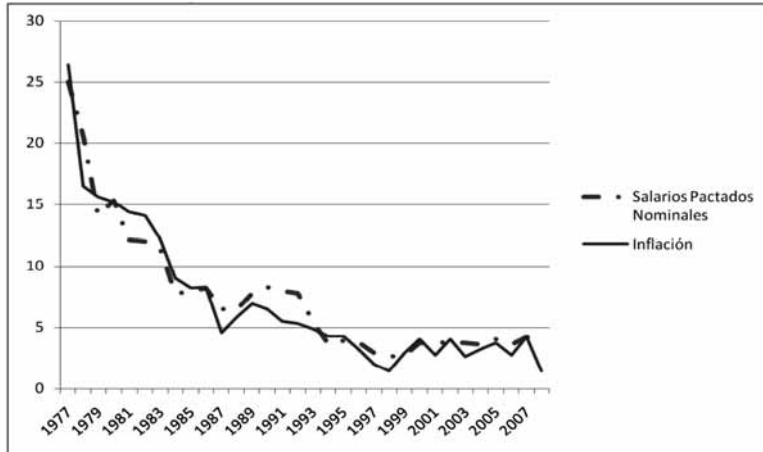
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS SALARIOS. UNA MIRADA ECONÓMICA

Si tomamos en consideración el período comprendido entre los conocidos como ‘Pactos de la Moncloa’ de 1977 y la actualidad, la nota caracterizadora de la evolución sufrida por los salarios sería sin duda la moderación. En efecto, aun cuando dentro de ese mismo período puedan identificarse distintas etapas de mayor o menor incremento salarial y, en su caso, de mayor o menor ganancia de poder adquisitivo¹, la tendencia seguida por la remuneración del trabajo en España es paralela a la experimentada por la inflación², esto es, un suave decrecimiento hasta tasas relativamente bajas.

¹ Para un análisis pormenorizado de tales etapas, tanto en lo referido a la evolución de los salarios, como en lo que hace al poder adquisitivo, *vid.* Pérez Infante, José I., “*La negociación colectiva y la inflación: las cláusulas de revisión salarial*”, *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, XIX y XX Jornadas sobre la negociación colectiva, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, n° 87, MTIN, 2008 pp. 139–144.

² Para una mejor comprensión, utilizaremos los términos inflación, Índice de Precios al Consumo (IPC), variación de los precios, etc. como sinónimos, si bien, en puridad, y en un sentido técnico, estamos haciendo referencia a la tasa de variación interanual del mencionado índice en un determinado momento.

GRÁFICO 1: Serie Temporal Salarios e Inflación



Fuente: salarios, MTIN (Encuesta de Convenios Colectivos); IPC, INE (Base 2006. Téngase en cuenta los cambios de base experimentados por este indicador. Así, puede consultarse la serie completa en: <http://www.ine.es/GSTConsul/infDatosSeriesAction.do?codigo=IPC77346>).

Esta moderación salarial paralela a la sufrida por la inflación tiene su origen, además de en diversos factores económicos, y por lo que al objeto del presente estudio respecta, en el cambio de orientación de la negociación colectiva que en ese concreto período de la historia reciente de nuestro país se inicia, y que supuso el abandono de la inflación pasada y su sustitución por la inflación prevista por el Gobierno en los Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio como método para la fijación de los incrementos salariales o de la revisión de los mismos.

Por lo que a esto último se refiere, de sobra es conocido que el instrumento jurídico a través del cual se articula tal revisión son las cláusulas de revisión o salvaguarda salarial, cuya utilización relativamente elevada es característica de nuestro sistema de negociación colectiva³. Esta importancia en cuanto a su uso está estrechamente ligada con la existencia o no de desviaciones entre el IPC previsto por el Gobierno en los Presupuestos Generales del Estado y el IPC real

³ Jimeno, J. F., “La indicación salarial y la inflación”, *La reforma de la negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, XIX y XX Jornadas sobre la negociación colectiva, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, n° 87, MTIN, 2008, p. 127.

a diciembre de cada ejercicio y con la entidad de la misma, a juzgar por los datos de trabajadores que tienen incorporadas cláusulas de revisión salarial. En efecto, el porcentaje de trabajadores que tienen incorporadas tales tipos de cláusulas disminuye tras la recuperación de la última gran crisis sufrida en nuestro país (1995) para alcanzar su mínimo en 1998 (este período se caracteriza por una caída de la inflación), año de menor inflación en cuatro décadas. A partir de ahí, se produjo un paulatino incremento para mantenerse a lo largo de la última década en porcentajes en torno al 70 %, si bien tales porcentajes se reducen notablemente cuando de revisión efectiva de la misma se refiere (*vid.* Tabla 1). Dicho de otra forma, los períodos de moderación de los precios (lo que frecuentemente conlleva que el IPC previsto sea superior al real y la desactivación consiguiente de las cláusulas de revisión salarial, como posteriormente veremos) llevan aparejados un “desuso” de este instrumento jurídico. En concreto, puede observarse que dicho efecto se produce con un cierto retraso (algo lógico, dado el sistema “retroactivo” de revisión), de tal forma que salvo la excepción del año 2006, los cambios de tendencia en la inflación se plasman en el porcentaje de trabajadores con cláusula al año siguiente. Así por ejemplo, el repunte sufrido por la inflación en 2007 se ha traducido en un importante aumento del número de trabajadores con cláusula de salvaguarda en 2008 (*vid.* Gráfico 1).

Tabla 1: Porcentaje de trabajadores con cláusula de revisión salarial (CRS), con revisión efectiva y porcentaje de convenios colectivos que las incorporan.

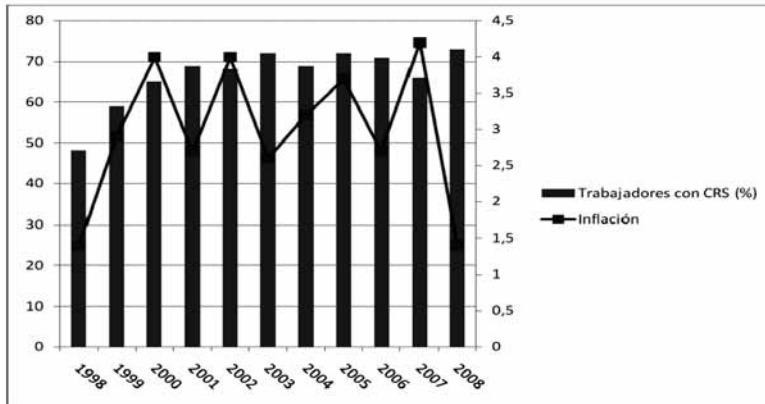
Año	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Trab. con CRS	48	59	65	69	68	72	69	72	71	66	73
Con revisión efectiva	1	30	39	29	40	34	54	58	47	44	0,2*
CC con CRS	–	–	44	48	49	59	52	48	59	65	69

Fuente: MTIN, Encuesta sobre Convenios Colectivos. * Datos provisionales.

Sin embargo, como acabamos de señalar, la relevancia de las cláusulas de revisión salarial en cuanto a su uso depende no solamente de la diferencia entre inflación prevista y real, sino también de la “amplitud” de la misma. A este respecto, los Gobiernos suelen ser modestos en sus previsiones, lo que en ocasiones provoca importantes diferencias con la inflación real. En particular desde el año 2000, el Gobierno ha venido manteniendo inalterada la previsión

de inflación en el 2 %⁴, tasa coincidente con el objetivo de inflación prevista por el Banco Central Europeo⁵ para la zona euro y que ha sido, asimismo, la considerada en los distintos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (AINC) suscritos hasta la fecha⁶.

Gráfico 1: Trabajadores con CRS e inflación.



Fuente: MTIN. Estadística sobre Convenios Colectivos, INE, IPC

⁴ Desde la Ley 61/2003 de 30 de diciembre, por el que se aprueban los PGE para 2004, ha dejado de utilizarse el término “IPC previsto”, que en presupuestos anteriores acompañaban a los incrementos de los salarios de los empleados públicos y la revalorización de las pensiones (basta con ver la referencia de la Exposición de Motivos al Título III y capítulo III del Título IV de presupuestos anteriores como la Ley 13/2000 de 28 de diciembre, la Ley 23/2001 de 27 de diciembre o la Ley 52/2002 de 31 de diciembre). Aún así, no cabe duda de que el porcentaje señalado sigue siendo el “IPC previsto” o de referencia para el Gobierno para los incrementos salariales de sus empleados o de las pensiones. Así las cosas, para el año 2009, *vid.* mismas referencias en la Exposición de Motivos y, en concreto, arts. 22 y 44 de la Ley 2/2008 de 24 de diciembre. También puede consultarse el apartado cuarto del presente estudio.

⁵ La información al respecto puede consultarse en los siguientes enlaces: <http://www.ecb.europa.eu/mopo/intro/benefits/html/index.en.html>; <http://www.ecb.europa.eu/mopo/strategy/pricestab/html/index.en.html>

⁶ De forma expresa en los Acuerdos de 2002 y 2003 [RESOLUCIÓN de 26 de diciembre de 2001, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 (ANC-2002) (BOE de 17/01/2002); RESOLUCIÓN de 31 de enero de 2003, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003). (BOE de 24/02/2003)]; y de modo menos concreto en los de 2005 y 2007 [RESOLUCIÓN de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007. (BOE de 24/02/2007); RESOLUCIÓN de 7 de marzo de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005. (BOE de 16/03/2005)]

En los citados AINC se prevén, en lo que a los salarios se refiere y por lo que al presente estudio respecta, dos medidas relevantes: por una parte, la posibilidad de pactar incrementos salariales superiores al objetivo inicial de inflación siempre que esos aumentos no sobrepasen los límites derivados del incremento de la productividad (posibilidad que parece no haber generado grandes tensiones inflacionistas⁷; por otro, la ya mencionada previsión de que se incorporen a los convenios colectivos cláusulas de revisión salarial.

La plasmación práctica que han tenido estos dos mandatos se muestra en la Tabla 2. En ella se representa, en primer lugar, la inflación prevista (IPCp), la real (IPCr) y a la diferencia entre ambas⁸. A continuación, de acuerdo con la diferencia entre las anteriores, si se activa o no para ese año las cláusulas de salvaguarda. En concreto, la diferencia entre IPCp e IPCr se saldará positivamente cuando el primero sea mayor que el segundo, lo que supone que la cláusula de revisión salarial, no se active para ese año.

La activación o no de las cláusulas de revisión salarial tiene consecuencias, lógicamente, en los salarios, lo que se muestra en la subtabla de la derecha. Como puede observarse, contiene información sobre los salarios pactados iniciales, finales, la diferencia entre ambos y su consideración en términos reales.

Así, en el apartado “inicial” se muestra la subida en términos porcentuales pactada para el año de que se trate. Como explicaremos más detalladamente a continuación, la activación de las cláusulas de revisión salarial produce que el salario que finalmente se recibe (“final”) sea distinto, varíe, lo que no ocurre o prácticamente no ocurre cuando la salvaguarda salarial permanece inoperativa. Por otra parte, en el extremo derecho de la tabla, podemos encontrar esos mismos salarios en términos reales, esto es, descontando la inflación (IPCr), lo

⁷ El presente estudio no pretende abordar el debate, ya clásico, en torno al supuesto carácter inflacionista de este tipo de cláusulas. No obstante, resulta interesante destacar a este respecto las posturas que vienen a recordar que ambas variables, inflación y crecimiento salarial, están fuertemente interrelacionadas, de tal forma que resulta difícil vislumbrar cuál es la causa y cuál el efecto y, ello, como consecuencia de que los salarios forman parte de los costes de producción (y, por tanto, del precio de los mismos) pero, al mismo tiempo, la evolución de la inflación condiciona las reivindicaciones salariales (vid. Pérez Infante, José I., “*La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España*”, RMTAS, nº 46, 2008, pp. 78–80) o, del mismo autor, “*La negociación colectiva y la inflación: las cláusulas de revisión salarial*”, *Op. cit.*, p. 139–157; sobre el supuesto efecto inflacionista de la salvaguarda salarial puede consultarse Jimeno, J. F., *Op. Cit.*, pp. 127–135; Izquierdo, M. y Jimeno, J. F., “*Las consecuencias de la indicación salarial sobre la inflación*”, Boletín Económico del Banco de España, noviembre 2008, pp. 64–70.

⁸ Nótese que las cláusulas de salvaguarda se “activarán” cuando el IPCr > IPCp, esto es, se produzca una pérdida de poder adquisitivo (representada con el signo negativo).

que nos permite observar la variación porcentual de los salarios en términos de ganancia o pérdida de poder adquisitivo. En concreto, como también veremos con detalle, estas dos columnas permiten analizar si una pérdida inicial se convierte en ganancia o, en caso de no lograrlo, la cuantía en que se reduce la pérdida de poder adquisitivo.

Por último, entre ambas nos encontramos con la diferencia entre salarios inicial y finalmente pactados, que resulta de restar uno al otro, ya se elijan los salarios en términos reales o nominales. Tal diferencia permite ver el efecto de las cláusulas, como principal mecanismo que contribuye a la variación de los salarios, entre lo que se pacta inicialmente y lo que finalmente se retribuye. A este respecto, debe advertirse que el diferencial entre IPC previsto y real no se traslada de forma automática, esto es, los salarios finales no se incrementan exactamente en tal diferencia. La principal explicación es que, como hemos dicho, no todos los convenios colectivos las incorporan. No obstante, veamos los resultados con mayor detalle⁹.

⁹ Como veremos, existe una amplia amalgama de tipos de cláusulas de revisión salarial. No obstante, para facilitar el análisis, entenderemos éstas según la estructura descrita, esto es, si $IPC_r > IPC_p$, entonces se aplica IPC_r , en referencia a un crecimiento salarial hipotético del IPC_p .

Tabla 2: INFLACIÓN Y SALARIOS PACTADOS. FUNCIONAMIENTO DE LAS CRS

Año	Inflación			¿CRS?	Salarios Pactados				
	IPCp	IPCr	Diferencial		Inicial %	Final %	Diferencial	Inicial Real %	Final Real %
1997	2,6	2	0,6	No	2,88	2,87	-0,01	0,88	0,87
1998	2,1	1,4	0,7	No	2,56	2,56	0,	1,16	1,16
1999	1,8	2,9	-1,1	Sí	2,44	2,72	0,28	-0,46	-0,18
2000	2	4	-2	Sí	3,09	3,72	0,63	-0,91	-0,28
2001	2	2,7	-0,7	Sí	3,5	3,68	0,18	0,8	0,98
2002	2	4	-2	Sí	3,14	3,85	0,71	-0,86	-0,15
2003	2	2,6	-0,6	Sí	3,48	3,68	0,2	0,88	1,08
2004	2	3,2	-1,2	Sí	3,01	3,6	0,59	-0,19	0,4
2005	2	3,7	-1,7	Sí	3,17	4,04	0,87	-0,53	0,34
2006	2	2,7	-0,7	Sí	3,29	3,59	0,3	0,59	0,89
2007	2	4,2	-2,2	Sí	3,14	4,21	1,07	-1,06	0,01
2008	2	1,4	0,6	No	3,58	3,58	0	2,18	2,18

Elaboración Propia. Fuente: MTIN. Estadística sobre Convenios Colectivos; e INE, IPC

Del período estudiado, tan sólo en tres años (1997, 1998 y 2008) no se aplicaron las cláusulas de revisión salarial por resultar el IPC previsto menor que el real. En concreto, las diferencias fueron de 0,6 y 0,7 puntos y, en términos reales, los salarios se incrementaron de forma importante: 0,87; 1,16 y 2,18 % respectivamente. Este último incremento es el más elevado del período estudiado y responde en buena medida a la evolución alcista de los precios sufrida en el período anterior que, junto con el rápido deterioro de la economía desde agosto de 2008, explican en buena medida ese relativamente amplio crecimiento de los salarios¹⁰.

Por otra parte, centrándonos en el crecimiento salarial inicialmente pactado en los convenios, es decir, sin aplicación de la cláusula de revisión salarial, puede observarse una escasa dispersión, rondando las subidas entre el 2,44 % en 1999 y el 3,58 % de 2008. En términos reales, esto es, si deflactamos esos salarios inicialmente pactados por el IPC a diciembre del año correspondiente (IPCr), sin tener en cuenta el juego de las cláusulas de salvaguarda, habría habido tantos años de ganancia de poder adquisitivo (1997, 1998, 2001, 2003, 2006 y 2008), como de pérdida (1999, 2000, 2002, 2004, 2005, 2007).

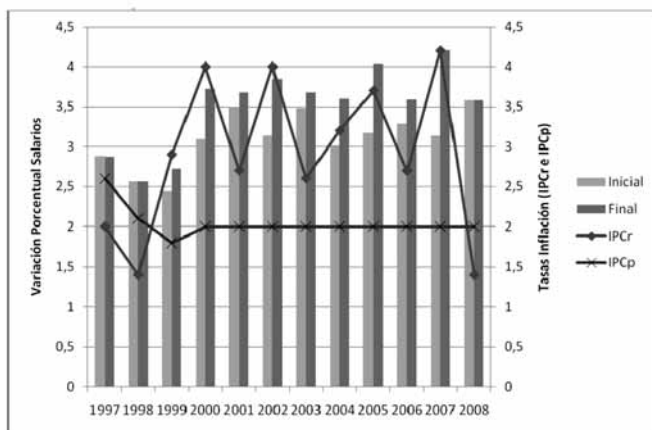
En relación con el primer grupo, aquellos años en los que se produce ganancia de poder adquisitivo, ya hemos visto que en tres de esos años, aquellos en los que no se aplicaron las cláusulas de revisión salarial, el diferencial entre el salario inicialmente pactado y el final es, lógicamente, cero o prácticamente cero. En el resto (2001, 2003 y 2006), sí se aplicaron las cláusulas de salvaguarda, aunque su efecto nos es excesivamente fuerte (la diferencia, esto es, lo que añade de subida la cláusula es 0,18; 0,2 y 0,3 % respectivamente).

Por otra parte, en los años en los que el crecimiento real de los salarios ha sido negativo y, por tanto, ha habido una pérdida de poder adquisitivo, los diferenciales son mucho mayores: 0,28; 0,63; 0,71; 0,59; 0,87 y 1,07 % respectivamente. Además, de los seis años contemplados, en tres la aplicación de la cláusula de revisión salarial contribuyó a convertir la pérdida de poder adquisitivo en ganancia (en concreto, esto se produjo en 2007, 2005 y 2004).

¹⁰ El Boletín de Coyuntura Laboral de febrero de 2009, lo explica con algo más de detalle: “Respecto a los aspectos retributivos, el aumento salarial pactado tanto inicial como final es de 3,6% en 2008, al no activarse las cláusulas de salvaguarda salarial en la mayoría de los convenios, puesto que la inflación en diciembre (referencia que se usa en la mayoría de las cláusulas) se situó en el 1,4%, por debajo del objetivo de inflación (2%). El crecimiento salarial inicialmente pactado en 2008 es cuatro décimas superior al de 2007, lo que se puede relacionar con la tónica alcista de la inflación observada desde septiembre de 2007 hasta julio de 2008, situación que termina manifestándose en elevaciones de los salarios inicialmente pactados. Sin embargo, el incremento salarial finalmente pactado en 2008 es inferior en seis décimas al de 2007, año en el que la desviación de la inflación y el impacto de las cláusulas de salvaguarda fueron notables”. Boletín Coyuntura Laboral, feb-09, MTIN, p. 2.

Estos mismos efectos pueden observarse también en el Gráfico 2, quizá de una forma más sencilla. Así, y centrándonos primero en los gráficos de líneas, puede observarse los tres años en que las cláusulas de revisión salarial no se activaron. En tal caso, vemos que la línea del IPCr se sitúa por encima del IPCp. Del mismo modo, cuando la línea del IPCr se sitúa por encima de las barras, nos encontramos ante períodos de pérdida de poder adquisitivo. En concreto, pueden distinguirse períodos en que la línea supera ambas barras (incrementos iniciales y finales –pe. 2000–) o únicamente la inicial, en cuyo caso el efecto de la salvaguarda salarial contribuyó a convertir una pérdida de poder adquisitivo en ganancia –pe. 2007–). Por último, utilizando únicamente el gráfico de barras, podemos observar las diferencias entre los incrementos iniciales y finalmente pactados. Obsérvese que en los años en que no se activaron las cláusulas de salvaguarda salarial, ambas barras coinciden.

Gráfico 2: Variación porcentual de los salarios e inflación



Fuente: MTIN. Estadística sobre Convenios Colectivos; e INE, IPC

Estos simples cálculos ponen de manifiesto la importancia de la incorporación de la salvaguarda salarial a los convenios colectivos y, ello, por tres motivos: en primer lugar, porque su efecto es mucho mayor cuando se producen pérdidas de poder adquisitivo, que cuando existen ganancias y sin embargo el IPC previsto es inferior al real; en segundo lugar, y esto es obvio, porque permiten pasar de situaciones de pérdidas reales de poder adquisitivo a ganancias; por último, porque, aun cuando se produzcan pérdidas de poder

adquisitivo, éstas son mucho menores que en el caso de los salarios inicialmente pactados. Por consiguiente, es un instrumento eficaz para cumplir con la función para la que han sido diseñadas, esto es, «para proteger a los trabajadores frente a las pérdidas de poder adquisitivo de sus salarios cuando la tasa de inflación se sitúa por encima de la tasa prevista en el momento de la negociación colectiva»¹¹.

A idénticas conclusiones llegamos si utilizamos otros indicadores habitualmente usados en este tipo de análisis como la tasa de variación de los salarios brutos. Se trata ésta de una tasa calculada no a través de la observación de los convenios colectivos, sino a través de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral elaborada por el INE. Así, si utilizamos esta otra variable, en el período estudiado, la pérdida de poder adquisitivo se produce en seis de los doce años contemplados, que son exactamente los mismos que en el caso de los salarios inicialmente pactados (Tabla 3).

Tabla 3: Salarios Brutos y Salarios Pactados en Convenio

Año	Salarios Pactados		Salarios Brutos		Salarios Pactados	
	Inicial %	Inicial R. %	Var %	Incremento Real	Final %	Final R. %
1997	2,88	0,88	3,4	1,4	2,87	0,87
1998	2,56	1,16	2,3	0,9	2,56	1,16
1999	2,44	-0,46	2,3	-0,6	2,72	-0,18
2000	3,09	-0,91	2,3	-1,7	3,72	-0,28
2001	3,5	0,8	3,5	0,8	3,68	0,98
2002	3,14	-0,86	3,9	-0,1	3,85	-0,15
2003	3,48	0,88	3,8	1,2	3,68	1,08
2004	3,01	-0,19	2,8	-0,4	3,6	0,4
2005	3,17	-0,53	2,6	-1,1	4,04	0,34
2006	3,29	0,59	3,4	0,7	3,59	0,89
2007	3,14	-1,06	3,9	-0,3	4,21	0,01
2008	3,58	2,18	5,1	3,7	3,58	2,18

Fuente: MTIN, Encuesta Convenios Colectivos; INE, Encuesta Trimestral sobre Costes Laborales.

¹¹ Jimeno, J. F., "La iniciación salarial y la inflación", *Op. cit.*, p. 127.

Por otra parte, si comparamos los salarios brutos con los finalmente pactados, los que incluyen el efecto de las cláusulas de revisión salarial, nos encontramos, en lo que al poder adquisitivo de se refiere, un comportamiento más favorable de los segundos que de los primeros. En efecto, cuando se produce ganancia de poder adquisitivo (salvo en 1997, 2003 y 2008), éstas son mayores en el caso de los salarios pactados que en los brutos; cuando de pérdidas de poder adquisitivo se trata, éstas son menores (con la excepción de 2002) en los salarios finales que en los brutos.

Un concepto íntimamente relacionado con lo anterior, esto es, con la comparación entre salarios pactados y brutos, es el de “deriva salarial”, que se define como la diferencia entre las tasas de variación de los salarios brutos y los salarios finalmente pactados en la negociación colectiva, incluyendo en este último caso el impacto de las cláusulas de salvaguarda salarial en el año en que se cobran, que es el siguiente al que se pactan¹².

Así, en la mayor parte del período estudiado las derivas salariales han sido negativas, lo que significa que los salarios pactados fueron mayores que los brutos. Esto se explica debido a que la expansión económica provocó un fuerte crecimiento del empleo que se concentró fundamentalmente en grupos de trabajadores con salarios inferiores a la media (jóvenes, mujeres, inmigrantes), lo que presionó a la baja el salario medio percibido por el conjunto de los trabajadores. Con el advenimiento de la crisis y la destrucción de tales puestos de trabajo preferentemente, así como la consecuente reducción de la tasa de temporalidad, las derivas se han convertido en positivas¹³.

3. MORFOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL¹⁴

Por consiguiente, vista la función que las cláusulas de revisión salarial cumplen en nuestra negociación colectiva desde un punto de vista económico,

¹² Quizá a estas alturas el lector se haya realizado la siguiente pregunta: ¿Por qué existen diferencias entre los salarios pactados y los brutos si ambos miden lo mismo: salarios? Para responderla *vid.* Pérez Infante, I., “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Op. cit.*, pp. 86–87.

¹³ *Vid.* Pérez Infante, José I., *Idem*, pp. 88–91.

¹⁴ El presente apartado ha sido elaborado a partir del estudio de los convenios colectivos del sector del metal proporcionados por el Observatorio de la negociación colectiva de CC.OO. y de los convenios de empresa de las empresas integrantes del índice IBEX–35. Esta muestra no tiene ninguna pretensión estadística, esto es, no pretende ser una muestra representativa a efectos estadísticos, sino que simplemente se ha pretendido tener un número suficientemente elevado de convenios de sector y de empresa como para poder observar la existencia o no de una amplia variedad de cláusulas de revisión salarial en cuanto a la forma se refiere, por más que un estudio estadístico a este respecto resulte enormemente sugerente.

podrían definirse como aquel instrumento jurídico que tiene como objeto o finalidad garantizar o conservar el poder adquisitivo de los trabajadores cuando los incrementos pactados resultan inferiores al coste de la vida. Por tanto, desde un punto de vista jurídico y económico sirven a una finalidad distinta a la del incremento salarial o pacto regulador del crecimiento de los salarios para cada período por lo que, en este sentido, hacen bien algunos convenios en distinguir la salvaguarda salarial, del incremento propiamente dicho¹⁵.

No obstante, que existe una intrínseca relación entre la cláusula de revisión salarial y el incremento del salario es algo obvio: la salvaguarda salarial actúa como un instrumento de auxilio o apoyo del incremento salarial; frecuentemente los incrementos salariales utilizan, al igual que la salvaguarda salarial, el IPC previsto como medida de referencia, en un intento de que el incremento sea igual al coste de la vida y, frecuentemente, “algo más”; en todo caso, los incrementos salariales tienen en cuenta la evolución del coste de la vida, entre otras variables de la economía, a la hora de fijar su cuantía final. Esta intrínseca relación conlleva una frecuente regulación conjunta, cuando no su confusión, y suele ser utilizada en las argumentaciones tendentes a considerar que las cláusulas de salvaguarda salarial pueden activarse también en aquellos supuestos en los que el IPC previsto es superior al real y, por consiguiente, existe una ganancia de poder adquisitivo por parte del trabajador con el simple incremento salarial.

Por otra parte, las cláusulas de revisión salarial adolecen en nuestro país de una falta absoluta de coordinación y homogeneidad en cuanto a lo que a la forma se refiere¹⁶. Ni la patronal, ni los sindicatos han aconsejado la adopción de un determinado modelo de cláusula en los distintos AINC, por más que ello redundaría en un mayor seguridad jurídica, en una mejor comprensión del convenio por parte especialmente de los trabajadores y, en última instancia, en un mejor reconocimiento del verdadero contenido de la cláusula, es decir, si la cláusula pactada se aplica en todos los casos (y cómo) o si por el contrario únicamente cuando la inflación real supera a la prevista por el Gobierno.

Ello ha dado lugar a una amplia amalgama de cláusulas que podrían agruparse, de la siguiente forma:

¹⁵ Por citar algunos ejemplos, arts. 37 y 38, CC Sector Metal Lugo (BO Lugo 27/09/2007, nº 210); arts. 15 y 16, CC Sector Metal Málaga (BO Málaga 06/10/2008, nº 205); arts. 16 y 17, CC Sector Metal Ávila (BO Ávila 15/12/2008, nº 248); ; arts 47 y 48 CC Sector Metal Burgos (BO Burgos 10/07/2008, nº 130); arts. 27 y 28, CC Sector Metal Palencia (BO Palencia 18/11/2005, nº 138); arts. 11 y 12, CC Sector Metal Salamanca (BO Salamanca 25/05/2009, nº 196); arts. 5 y 6, CC Metal Guadalajara (BO Guadalajara, 01/08/2007, nº 92).

¹⁶ Pérez Infante, I., “La estructura de la negociación colectiva y los salarios en España”, *Op. cit.*, p. 75.

En primer lugar, podríamos distinguir entre cláusulas univariantes o bivalentes, según admitan una o dos formas respectivamente de regulación. Así, las cláusulas univariantes únicamente regularían los supuestos en los que el IPC previsto resulta menor que el real; por el contrario, las cláusulas bivalentes, serían aquellas que admiten dos tipos de regulaciones, la anterior y, además, aquella en que la inflación prevista es mayor que la real.

Así definidas, la mayor parte de las cláusulas de salvaguarda serían del primer tipo, mientras que las bivalentes se encuentran en franca minoría¹⁷. Dentro del primer grupo, a su vez, distinguimos diversas variedades:

La primera y, quizá más intuitiva, sería la que las distingue según produzcan efectos retroactivos y, por tanto, supongan la actualización de las tablas salariales y el abono de lo dejado de percibir¹⁸; y las que carecen de efectos retroactivos, limitándose a la actualización de los salarios o tablas salariales¹⁹. A este respecto, en el primero de los casos, la mayor parte de los

¹⁷ Art. 6, Acuerdo Marco de Grupo Respsol–YPF (BOE 30/06/2009, n° 157); art. 19, CC de Enagas (BOE 23/11/2005, n° 280), art. 26.2, CC de Gas Natural Servicios SDG (BOE 22/06/2009, n° 150), art. 39, CC Sector Metal Navarra (BOE 01/09/2008, n° 107); art. 13, CC de Sector Metal Sevilla (BO Sevilla 10/08/2006, n° 184). Citaremos estos concretos ejemplos, desarrollados, en el siguiente apartado.

¹⁸ Art. 25, CC Sector Automoción Málaga (BO Málaga 04/12/2007, n° 234); art. 10, CC Sector Metal Granada (1800305); art. 16, CC Sector Metal Málaga (BO Málaga 06/10/2008, n° 205); art. 21, CC Sector Metal Teruel (BO Teruel 09/12/2004, n° 264); art. 22, CC Montajes y empresas auxiliares del metal Asturias (3302825); art. 17, CC Sector Metal Ávila (BO Ávila 15/12/2008, n° 248); art. 48, CC Sector Metal Burgos (BO Burgos 10/07/2008, n° 130); art. 12, CC Sector Metal Salamanca (BO Salamanca 25/05/2009, n° 196); art. 18 CC Metal Segovia (BO Segovia 30/08/2006, n° 104); art. 13, CC Sector Metal Soria (BO Soria 26/09/2008, n° 110); art. 21, CC Sector Metal Zaragoza (BO Zaragoza 11/09/2006, n° 209); art. 5, CC Sector Metal Ciudad Real (BO Ciudad Real 08/08/2008, n° 95); art. 38 CC Metal Guadalajara (BO Guadalajara, 01/08/2007, n° 92); art. 38, CC Metal Toledo (4500305); art. 41, CC Sector Metal La Coruña (1500825); art. 3, CC Metal Vizcaya (BO Vizcaya 21/11/2009, n° 225); art. 17, CC Metal La Rioja (BO La Rioja 23/09/2006, n° 126); art. 49, CC Metal Alicante (BO Alicante 27/07/2006, n° 171); art. 13, CC Metal Valencia (BO Valencia 29/06/2007, n° 153); DA I, CC Kutxa (BOE 23/08/2004, n° 203); art. 6 CC Acerinox (BOE 22/11/2001, n° 101); CA VII, CC BBVA (BOE 16/08/2007, n° 196); art. 20, Mapfre Grupo Asegurador (BOE 19/07/2006, n° 171); DF I, Endesa Renovables (BOE 22/11/2001, n° 280); art. 22, Gestevisión Telecinco (BO Madrid 07/06/2008, n° 135); DF V, Iberdrola (BOE 29/11/2008, n° 25), art. 151, Iberia LAE con su personal de tierra (BOE 12/09/2008, n° 221); art. 62, Inditex (BOE 14/08/2003, n° 194); art. 52, Grupo Unión Fenosa (BOE 13/06/2002, n° 141).

¹⁹ DA III, CC Sector Metal Almería (BO Almería 20/01/2009, n° 12); art. 29, CC Sector Metal Jaén (BO Jaén 04/07/2008, n° 153); art. 26 Sector Metal León (BO León 13/06/2006, n° 112); art. 28, CC Sector Metal Palencia (BO Palencia 18/11/2005, n° 138); art. 18, CC Sector Metal Valladolid, (BO Valladolid 06/03/2008, n° 55); art. 6, CC Metal Guadalajara (BO Guadalajara, 01/08/2007, n° 92); art. 4, CC Metal Barcelona (DO Generalitat Cataluña 29/06/2007, n° 4915); art. 32, CC Metal Lleida (DO Generalitat Cataluña 05/09/2008, n° 5210); art. 50, CC

convenios, con buen criterio al tratarse de tasas interanuales, optan por abonar la diferencia por el conjunto del año, si bien existen convenios que lo hacen únicamente para los meses en que efectivamente el IPC real supera al previsto o a partir de que tal situación se produzca²⁰.

También podríamos distinguir entre cláusulas de revisión salarial indicadas absolutas o relativas. Al utilizar la salvaguarda salarial el IPC real como medida del “incremento del precio de la vida”, puede ocurrir que este indicador se compare, bien con un porcentaje fijo (por haberse pactado incrementos salariales no sujetos –explícita o implícitamente– a indicador alguno como el IPC previsto), en cuyo caso nos encontraríamos ante una cláusula indicia relativa²¹; bien, como ocurren en la mayor parte de los casos, con el IPC previsto, lo que daría lugar a una cláusula indicia absoluta.

Por otra parte, también suele ser relativamente frecuente que, a la hora de determinar el mecanismo de activación de la cláusula, a saber, que el IPC previsto sea inferior al real, se incluya la parte adicional del incremento salarial (la que se añade al IPC previsto)²². Ese tipo de fórmulas ponen de manifiesto una cierta confusión entre el incremento salarial y cláusula de salvaguarda y refleja la preocupación de que una redacción inadecuada determine un crecimiento salarial final inferior al previsto entre las partes. En puridad, la utilización de una u otra fórmula debieran conducir al mismo resultado²³. Lo que

Sector Metal Girona (DO Generalitat Cataluña 05/10/2005, nº 4483); art. 38, CC Sector Metal Lugo (BO Lugo 27/09/2007, nº 210); DA I CC Fontanería, Calefacción y Climatización Navarra (BO Navarra 10/09/2008, nº 111); art. 24, CC Metal Álava (BO Álava 07/03/2000, nº 28); art. 10, CC Metal Castellón (BO Castellón 11/08/2007, nº 5392); Art. 15, Abertis Infraestructuras Serie A (DO Generalitat Cataluña 08/05/2008, nº 5127); art. 37, Red Eléctrica de España (BOE 25/11/2004, nº 284); Cláusula 9 Anexo, Telefónica SAU (BOE 10/04/2007, nº 86).

²⁰ Art. 30, CC Sector Metal Asturias (BO Asturias 30/06/2006, nº 150); art. 8, CC Sector Metal Cantabria (BO Cantabria 07/07/2006, nº 131); art. 18 CC Sector Metal Segovia (BO Segovia 30/08/2006, nº 104).

²¹ Art. 29, CC Sector Metal Jaén (BO Jaén 04/07/2008, nº 153); art. 22, CC Montajes y empresas auxiliares del metal Asturias (3302825); art. 5, CC Sector Metal Ciudad Real (BO Ciudad Real 08/08/2008, nº 95), art. 8, CC Sector Metal Albacete (BO Albacete 09/05/2005, nº 54).

²² Si la fórmula clásica sería: “se aplicará la CRS, si $IPC_p > IPC_r$ ”, en este tipo de cláusulas es “si $IPC_p + X > IPC_r + X$. A este respecto *vid.* art. 16, CC Sector Metal Málaga (BO Málaga 04/12/2007, nº 234); CC Sector Metal Teruel (BO Teruel 09/12/2004, nº 264).

²³ Con un ejemplo se ve claramente: si el IPC_p es del 2%; el incremento salarial se pacta en el $IPC_p + 0,5$; el IPC_r es el 3% y la cláusula de revisión salarial pretende únicamente asegurar el mantenimiento del poder adquisitivo, entonces tal función se cumple cuando aplicamos el IPC_r , es decir, el 3%. Otra cosa bien distinta es que se pretenda evitar que el porcentaje adicional pactado sea absorbido por el IPC_r en aquellos supuestos en que $IPC_r > IPC_p + X$. Pero en estos casos, no se garantiza el poder adquisitivo de los salarios, sino el incremento pactado (adicional).

ocurre es que, dada la confusión entre salvaguarda e incremento salarial, pretende evitarse que el crecimiento adicional al mantenimiento del poder adquisitivo pactado como incremento total sea absorbido por la inflación real en aquellos casos en que ésta supera al anterior, lo que no debiera ocurrir si se distinguen correctamente ambas figuras y son correctamente pactadas.

No obstante, puede ocurrir que lo que las partes verdaderamente desean es que tal absorción se produzca, es decir, que acuerden un incremento salarial igual al coste de la vida más un porcentaje adicional pero que, para el caso en que la inflación supera tal incremento, los salarios suban únicamente el IPC real.

Esto nos llevaría a la distinción entre cláusulas suplementarias, en el sentido de que suponen aplicar a la inflación real al incremento adicional pactado (X), siempre que la cláusula se active; y las complementarias, en las que, pactado un determinado incremento, si el coste de la vida se dispara más allá de aquél, entonces se garantiza únicamente el mantenimiento del poder adquisitivo²⁴. En este último caso, podría hablarse incluso de una cierta sustitución del incremento salarial por la salvaguarda.

Al margen quedarían aquellas cláusulas que, más de treinta años después de los Pactos de la Moncloa, siguen utilizando el IPC real como medida de referencia para proceder o no a la actualización de los salarios y, en su caso, el abono de los atrasos²⁵. La inclusión de este tipo de cláusulas supone pactar incrementos salariales en los que se toma como referencia el IPC real (a diciembre normalmente) del año anterior, de tal forma que sólo se aplica la salvaguarda salarial cuando el IPC real del año en curso resulta superior al del anterior. La conjunción de cláusulas de crecimiento y salvaguarda salarial basada en tal indicador resulta, más allá de su carácter inflacionista, ilógico. Un sencillo ejemplo bastará para mostrar lo desacertado del mantenimiento de este tipo de cláusulas. Como ya hemos visto, el IPC en diciembre de 2007 fue del 4,2 %, en 2008 del 1,4 % ¿Tendría sentido que los salarios crecieran un 4,2%, casi dos puntos por encima del IPC del año en curso y sin que las partes lo hayan pactado expresamente?

²⁴ El art. 17 del Convenio del Sector del Metal de Ceuta, podría constituir un buen ejemplo a este respecto. (BO Ceuta 17/07/2007, nº 4652)

²⁵ Art. 10, CC Sector Automoción Huelva (BO Huelva 19/09/2007, nº 182); art. 11, CC Sector Metal Huelva (BO Huelva 19/09/2007, nº 124); art. 31 CC Metal Tenerife (BO Tenerife 27/03/2001, nº 36); art. 11, CC Metal Las Palmas (BO Las Palmas 28/03/2008, nº 41); art. 8, CC Sector Metal Cáceres (BO Cáceres 27/03/2001, nº 36); DT I, CC Metal Orense (BO Orense 22/09/2008, nº 193); art 45 bis, CC Sector Metal Pontevedra (BO Pontevedra 21/06/2006, nº 118), art. 26, CC Sector Metal Murcia (BO Murcia 07/11/2007, nº 257); art. 30, CC Automoción Navarra (BO Navarra 13/09/2006, nº 111); art. 15 CC Metal Guipuzcoa (BO Guipuzcoa 17/01/2008, nº 12); art. 3, CC Recambios y accesorios automóvil Madrid (2800785).

Por último, ya se utilice el IPC previsto o el real, suele ser habitual, añadiendo algo más de confusión al panorama descrito la mezcla entre distintos tipos, lo cuál ya ha sido puesto de manifiesto en algunos de los casos citados a los que ahora añadimos, el ejemplo presente tanto en el Convenio del Sector del Metal de Huesca como en el de Zaragoza, que optan por una revisión salarial de carácter no retroactivo, salvo que la diferencia entre el IPC previsto y el real sea superior al 150 % (art. 22 y art. 13 respectivamente); en otros casos, se mezcla de tal forma incremento con revisión, que resulta imposible determinar dónde empieza uno y acaba la otra²⁶. Otro caso *sui generis* es el de los arts. 2 y 27 de los Convenios del Sector del Comercio del Metal y del Metal de la provincia de Madrid respectivamente y el del art. 10 del Convenio del Sector del Metal de Castellón, en los cuales la cláusula de revisión salarial se aplica cuando el IPC real supera al previsto y unas décimas más según el caso, bien porque se añaden al IPC real incrementos inferiores al previsto, bien porque se aplican coeficientes correctores.

Sin duda alguna que esta falta de homogeneidad formal contribuye, como ya se señaló, a una mayor inseguridad jurídica y, con ella, mayor conflictividad. La crisis económica que atravesamos ha traído consigo un intento por la parte de los empresarios de utilizar las cláusulas de revisión salarial para adecuar los incrementos salariales a la coyuntura actual (el IPC en el mes de septiembre, último dato publicado por el INE, se situó en el -1 %, lo que supondría de mantenerse en diciembre, un incremento salarial real de un 3 %). Qué duda cabe que si tal intento se ha probado incluso con cláusulas relativamente claras²⁷, cuánto más si la confusión y la ambigüedad son la nota dominante.

Es más, aún cuando aparentemente por parte de los trabajadores no debe haber ningún incentivo a cambiar la salvaguarda salarial para adaptarla a situaciones como la actual, en la que la inflación real es menor que la prevista, es probable que sí existan buenos motivos para ello, si la inmovilidad puede conducir a una relajación del descuelgue salarial y, por consiguiente, el traspaso de las fronteras que le son propias²⁸.

²⁶ Art. 35 y 36: salarios y revisión: incremento 2008, 6%; años posteriores «Art. 36. Año 2009 y 2010. Para el año 2009 se acuerda un incremento del salario del IPC más 1,50 siempre que la suma de ambos conceptos no supere el 6% siendo éste en todo caso el tope máximo de incremento salarial para el 2009. Tan sólo para el supuesto de que el IPC fuese superior al tope máximo del 6% se garantizará el incremento salarial hasta el IPC real».

²⁷ Un ejemplo puede ser el de la SAN 43/2009 de 21 de mayo.

²⁸ Que esa es la línea que pretende seguir la patronal se constata en la Memoria 2008 del CES cuando señala: «Para las organizaciones CEOE y CEPYME, la actual situación requiere, excepcionalmente, no aplicar el modelo salarial pactado en años anteriores, y afrontar la crisis pasa por considerar, dentro de una política de reducción de gastos, la contención de los salarios y, sobre todo, tratar de lograr que la negociación colectiva se ajuste a las necesidades de los

4. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLAUSULAS DE REVISIÓN SALARIAL

Antes de adentrarnos en el análisis jurisprudencial que los conflictos sobre la aplicación de las cláusulas de salvaguarda salarial han traído consigo, quizá este sea el mejor momento para echar un alto en el camino y recapitular, lo planteado hasta aquí.

Pese a poseer algunos antecedentes, lo cierto es que la interpretación de las cláusulas de revisión salarial ha tomado un especial protagonismo en nuestro actual contexto de crisis. El desplome de la inflación a mínimos históricos ha dado lugar a importantes conflictos a la hora de determinar el verdadero alcance de las citadas cláusulas cuya mecánica se encontraba asentada en una lógica según la cual la correspondencia entre el IPC previsto y IPC real a final de año se saldaba, por lo general, con incrementos que obligaban a corregir al alza los inicialmente previstos. Es claro que esta particular situación ha planteado una evidente contradicción entre intereses empresariales y los laborales. La representación de los trabajadores estima que la cifra relevante a tomar en consideración es la fijada inicialmente y, por tanto, previsto un determinado nivel de IPC, sería irrelevante cualquier alteración posterior cuando ésta resultara negativa. Por el contrario, para la representación de los empresarios, la revisión a efectuar a final de año debiera incidir, también, sobre el cómputo final cuando el resultado de la aplicación del IPC real resultara negativo.

El debate de fondo cuestiona el verdadero papel y, por encima de ello, la función real de las cláusulas de revisión salarial. Como a nadie se le escapa, para los representantes de los trabajadores la cláusula de revisión se vincula, exclusivamente, a situaciones de crecimiento económico, cuando más habitualmente se producen las circunstancias que provocan su activación. La misma no admite revisiones a la baja. Para los empresarios estas cláusulas debieran resultar instrumentos de ajuste salarial que, desde el respeto al poder adquisitivo de los trabajadores, permitieran una real adecuación al ciclo económico sin producir costes no previstos para ellos. La solución de este debate ha venido de la mano de jurisprudencia y algún significativo laudo arbitral.

sectores y empresas. Para dichas organizaciones, aplicar un incremento salarial del 2 por 100 a todos los ámbitos de negociación se traduciría en pérdida de competitividad y de empleo. Por ello, consideran que conservar la competitividad y el empleo exigirá esfuerzos extraordinarios de reducción de costes, a fin de mantener con unos niveles de demanda muy contraídos la presencia de las empresas en los mercados. A su vez, abogaban por un procedimiento de descuelgue más flexible.

4.1. La posible revisión a la baja cuando el IPC real resulta ser inferior al IPC previsto

Como decimos, el citado problema posee cierta tradición en nuestro país. La STSJ Cataluña de 18 de octubre de 1993 (AS 4546), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa "La Riviere" SA* planteaba la citada cuestión. En la misma, empresa y trabajadores habían suscrito un pacto en el que incluyeron la siguiente cláusula: "A los exclusivos efectos de incremento para el segundo año de vigencia, es decir de 1 de enero a 31 de diciembre de 1991, la revisión a que se refiere la cláusula anterior, se efectuará teniendo en cuenta la diferencia entre el IPC real de 1990 y el 6.50 %, si fuese superior, aplicándose los mismos criterios de distribución que en 1990. Las tablas resultantes se incrementarían en el IPC previsto para el año 1991 más 1.75 puntos. Cuando se conozca oficialmente el IPC real de 1991, se abonará si procediere, la diferencia entre el IPC real y el previsto". El IPC previsto para 1991 era del 6 % y IPC real fue del 5.5 %. En enero de 1992, la empresa procedió a reducir en 0.5 puntos las retribuciones por estimar que en 1991 se había pagado de más.

La sentencia citada sentó las bases de razonamientos posteriores al situar en la interpretación de la cláusula, el sentido de la decisión. El citado pronunciamiento señalaba que la duda debía ser resuelta a la luz del art. 1281 CC, esto es, "teniendo en cuenta las palabras y la intención de los contratantes, debiendo prevalecer ésta, sobre aquéllas". La sentencia citada, después de subrayar que "no cabe duda, que cláusulas de revisión salarial como la que se analiza no tienen otro objeto que el de mantener el poder adquisitivo de los salarios, de forma que, en ningún caso, el aumento que haya de aplicarse resulte inferior al IPC real del ejercicio", pone la bases, también, sobre un segundo problema, a saber: la posibilidad de revisar los salarios a la baja en estos casos. Es evidente que desde la premisa anteriormente señalada la solución resultaba clara: "si el aumento salarial resultante conforme al IPC previsto queda por debajo de los baremos acordados por ser superior el IPC real, se abonará la diferencia por la empresa. Pero, al contrario, si resulta inferior el IPC real que el previsto, no vienen obligados los trabajadores a reintegrar la diferencia porque no se ha pactado expresamente esta posibilidad y como se ha dicho, las cláusulas de revisión salarial no tienen otra finalidad que la de mantener el poder adquisitivo de los salarios por encima del IPC, cuanto menos, en el porcentaje acordado en cada caso".

Frente a ella, la STSJ País Vasco de 14 de mayo de 2002 (JUR 222596), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa Naviera Murueta, SA*, mantuvo, atendidas las circunstancias del caso, una conclusión contraria. El Convenio Colectivo para los trabajadores de la citada empresa señalaba en su art. 21 que "los salarios para el año 2000 con efectos al 1 de enero del 2000 son los refle-

jados en la tabla del anexo nº 1, quedando sujetos a regularización a final de año en caso de desviación del IPC previsto (2 %)", por su parte, el art. 43 del convenio colectivo establecía que: *"La remuneración y condiciones correspondientes a este año quedan reflejadas en las tablas y adendum Adjunto, quedando sujetas a regularización a fin de año, caso de desviación del IPC previsto (2 %), articulando a su vez los incrementos salariales correspondientes a cada año de vigencia"*. La empresa había venido practicando todos los años sin la oposición de la representación de los trabajadores, una regularización del IPC previsto en relación con el real, operando sobre las tablas salariales del año siguiente incrementando o disminuyendo dichas tablas cuando el diferencial ha sido negativo o positivo respectivamente.

La sentencia señala que sí es posible efectuar dicha regularización reduciendo el incremento salarial del año siguiente en la misma medida que el exceso percibido por los trabajadores teniendo en cuenta el IPC real, señalando al respecto lo siguiente: *"Sostiene el recurrente que la posibilidad de que sea el trabajador el que haya de devolver deviene impensable, pues siempre viene resultando que el IPC previsto es inferior al real y en cualquier caso cabría ser aplicado el principio pro operario. Tal argumento debe ser rechazado toda vez que como el relato de los hechos probados de la Sentencia de instancia demuestra, existen años en los que tales diferenciales se producen a favor de la empresa (si bien no con la misma frecuencia), y en todo caso, la posibilidad de que sólo esté obligada la empresa a devolver y no los trabajadores en virtud del principio pro operario resulta una desviación tan abusiva del principio que desvirtúa totalmente su concepto además de infringir frontalmente las previsiones en este punto del Convenio Colectivo"*. A ello añade la sentencia que *"refuerzan la conclusión expuesta, el consentimiento que durante años han otorgado las representaciones de los trabajadores a la forma de practicar la regularización del IPC, y asimismo la oposición expresa a la demanda por parte del resto de las representaciones sindicales demandadas"*.

Años después, el debate ha vuelto a renacer. La sentencia más significativa dictada en relación con esta cuestión es la SAN 21 de mayo de 2009 (Rº 40/2009), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa Sogecable*²⁹. La misma resuelve sobre la interpretación que deba darse a la cláusula de revisión salarial prevista en el II Convenio Colectivo del Grupo Sogecable que establecía que: *"Finalizado el año, en el caso de que el IPC real fuere superior al previsto se revisará en la diferencia hasta el citado IPC real más medio punto. Para los*

²⁹ Un interesante comentario a la misma, Sepúlveda Gómez, M. *Revisiones salariales de 2009 y reducción del Índice de Precios al Consumo en la actual crisis económica. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 21 de mayo de 2009, TL, nº 102, 2009.*

sucesivos años de vigencia los salarios anuales del año anterior tendrán un incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC más medio punto porcentual. A final de año se revisarán, en su caso, hasta el IPC real de cada uno de esos años, más medio punto”.

Los hechos sobre los que versa el conflicto colectivo se resumen en que la demanda de conflicto colectivo pretende que se declare el derecho de los trabajadores a percibir en el año 2009 un incremento del 2,5 % sobre las retribuciones percibidas en 2008 en aplicación del II Convenio Colectivo del Grupo Soגעable. Frente a dicha reclamación, se opuso por la empresa que, dado que el Gobierno no había establecido una previsión sobre el incremento del índice de precios al consumo para el año 2009, procedía aumentar solamente el 0,5 %. Se destacaba, también, que la Secretaría General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda había contestado, tanto a la patronal gaditana, cuanto al propio Grupo Soגעable, que en el año 2009 el Gobierno no realizó ningún tipo de previsión de incremento del IPC.

La sentencia procede a determinar si lo establecido en el convenio colectivo contempla un simple anticipo, ajustable al alza o a la baja con el IPC real de cada año, o, por contrario, es un incremento concreto, revisándose hasta el IPC real más medio punto, como defendió la representación de los trabajadores. La respuesta es favorable a esta posición porque “la simple lectura permite concluir que se produjeron dos pactos perfectamente diferenciados: un incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC más medio punto, y una revisión hasta el IPC real de cada año, más medio punto, no contemplándose de ningún modo que el incremento inicial constituyera un anticipo sobre el incremento real del IPC, puesto que al suscribirse el convenio era absolutamente impensable que durante los años de su vigencia se produjera un incremento negativo del IPC. Es así, porque la distinción entre “incremento”, que significa “aumento” y “revisión”, que se relaciona con la “acción de revisar”, contenida en el inciso final del artículo examinado, permite concluir que la “revisión” no incide sobre las retribuciones de 2008, sino sobre el “incremento” pactado para 2009 – aumento del IPC previsto por el gobierno para 2009 más 0,5 % – porque si no hubiera sido esa la intención de los contratantes sobraría íntegramente la expresión “incremento”, contenida en la primera parte del inciso final del artículo, bastando la referencia a las retribuciones del año precedente”.

La SAN de 1 de junio de 2009 (JUR 2009\290609), Asunto *Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contac Center*, mantiene y refuerza la anterior línea interpretativa. El art. 45 de citado convenio señalaba para el 2008 lo siguiente: “*Todos los conceptos salariales comprendidos en el Convenio, y una vez actualizados los salarios a 31 de diciembre de 2007, se incrementarán en un porcentaje igual al objetivo o previsión de inflación (2 % para 2008) más*

0,25 puntos, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2008. Dicho incremento, se revisará al alza si el IPC real del 2008, resultara superior al índice de previsión previsto (2 %) en el párrafo anterior, al 31 de diciembre de 2008, actualizándose las tablas y haciendo efectivos los atrasos no más tarde del 28 de febrero de 2009". En el suplico de las demandas rectoras de las presentes actuaciones postula se declare el derecho de los trabajadores a que todos los conceptos salariales del año 2008 comprendidos en el Convenio Colectivo se incrementen en un 2,25 con efectos desde 1 de enero de 2009 y se condene a la empresa a que elabore las tablas salariales para 2009 con el citado incremento según lo dispuesto en el art. 45 del Convenio vigente, previsión de inflación del Gobierno, 2 % y 0,25 que establece el Convenio. Los letrados de la demandante fundamentan su pretensión en la interpretación literal de lo dispuesto en el art. 45 del Convenio Colectivo de aplicación, en el que no se prevé una revisión a la baja de las tablas salariales consolidadas de 2008 y en lo dispuesto en la Ley general presupuestaria para 2009, en cuyo art. 44.1 se fija el IPC en el 2 % en relación con la revalorización de las pensiones. Alegaron que ese IPC del 2 % es el que se ha tomado en cuenta para los incrementos salariales en diversos convenios colectivos vigentes que se aportan. La citada sentencia se manifestó en el mismo sentido que su precedente, porque de la redacción literal de la cláusula "(...) dicho incremento se revisará al alza si el IPC real resultara superior al previsto el 31 de diciembre de 2008 (...)", se desprendía que la revisión sólo se produce en caso de que exista una diferencia positiva entre el IPC previsto y el real, no pudiendo operar en sentido contrario. "En consecuencia", concluía, "procede la estimar las demandas, habida cuenta de que en el presente supuesto la redacción del artículo 45 del Convenio de aplicación es bastante más clara que la del art. 50 del Convenio de Sogecable".

Esta tesis ha sido ratificada por la posterior SAN 10 de julio de 2009 (AS 2009\1730), Asunto *Onda Cero Radio*. El art. 33 del Convenio Colectivo de Onda Cero establecía lo siguiente: "*Año 2008. Para el año 2008 las Tablas de partida contendrán la regularización descrita en el anterior apartado a la que se sumará el IPC previsto para tal ejercicio. A la finalización del ejercicio 2008 y, una vez conocido el IPC real de dicho ejercicio se procederá al abono con efectos de 1 de enero de 2008, de la diferencia resultante entre el IPC real y el IPC previsto.*" El suplico de la demanda rectora de las actuaciones solicita se declare el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo a que no se active la revisión salarial del 2008, y por lo tanto, se declare la inexistencia de ningún derecho a favor de la empresa dimanante de la diferencia entre el IPC real del 1,4 % y el IPC previsto del 2 % y se declare el derecho de los trabajadores afectados a percibir un incremento retributivo para el año 2009, sin ningún tipo de compensación en contra, del 2 % en concepto de IPC previsto. El citado pronunciamiento acudiendo, de nuevo, al

criterio de la interpretación de la cláusula afirma que “(...) no se puede argumentar que la voluntad de las partes negociadoras expresada en el artículo 33 del convenio sea esa, cuando dispone que una vez conocido el IPC real de dicho ejercicio se procederá al abono de la diferencia resultante, redacción lo suficientemente clara para excluir la posibilidad de descontar la diferencia (...)”.

En línea con las anteriores reflexiones, los Laudos Arbitrales dictados por el Profesor D. Jesús Cruz Villalón, nº 2/09/JCV –dictado en Sevilla el 24 de abril de 2009 dentro del ámbito del convenio colectivo de viticultura de la provincia de Cádiz– y nº 3/09/JCV –dictado el 6 de mayo de 2009 en Sevilla en relación con el convenio colectivo del campo de la provincia de Cádiz– se decantan por una interpretación literal de las cláusulas de revisión salarial.

El Laudo 3/09/JCV, resuelve sobre la interpretación que debía darse a la DT 3ª del Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Cádiz, que establecía que los salarios para el 2008 “*se incrementarán en el mismo porcentaje que el Gobierno tenga previsto para ese año el IPC*”. Dicha disposición a continuación precisaba que, a final de año, las partes deberían volver a reunirse con el objeto de que los conceptos retributivos sean revalorizados con carácter retroactivo al 1 de enero del año al IPC real, más ciertos porcentajes previstos en dicha cláusula en función de la duración del contrato de trabajo y según también se trate de conceptos salariales o de otra naturaleza. El Laudo estima que “(...) el sentido literal de la palabra utilizada por quienes redactaron la cláusula no puede ser otro que entender «revalorizados» como «volver a valorar» (...) revalorizar es una acción de cómputo de algo, en este caso de retribución, que puede ser tanto a la alza como a la baja (...)” a lo que añade que “distinto hubiera sido que la disposición transitoria hubiera incorporado una redacción precisa que impidiera un nuevo cómputo en términos de disminución, es decir, si hubiera utilizado “se incrementarán” o “en todo caso al alza” o expresiones sinónimas que excluyesen una revisión a la baja”. En definitiva, la DT 3ª del Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Cádiz, concluye el Laudo, “impone en todo caso la revalorización de los salarios, adecuándolos al IPC real más los incrementos previstos, tanto si dicho IPC real resulta superior como inferior al IPC previsto a principios de años, con el resultado de que esa revalorización puede serlo tanto al alza como a la baja”.

Por su parte, el Laudo nº 2/09/JCV resuelve que si del sentido literal de la cláusula no se desprende claramente la respuesta, las decisiones deben adoptarse según la intención de lo acordado. Y para que la revisión se produzca a la baja, es necesario que la cláusula, además de garantizar el poder adquisitivo de los salarios, prevea que la revisión de los mismos se ajuste a la inflación real. El debate se centraba, en este caso, en la interpretación de la DT 4ª del Convenio Colectivo de viticultura de la provincia de Cádiz. La mencionada disposición contemplaba que, a principios de 2008, las retribuciones: “*se incre-*

mentarán en el mismo porcentaje previsto por el Gobierno para el año en cuestión". Dicha disposición a continuación precisaba que a final de año las partes deberían volver a reunirse con el objeto de que los conceptos retributivos sean *revalorizados* con carácter retroactivo al 1 de enero del año al IPC real, más ciertos porcentajes previstos en dicha cláusula en función del ámbito en el que se ejecute el trabajo (marco de Jerez o resto de la provincia), según duración del contrato de trabajo y según también se trate de conceptos salariales o de otra naturaleza. El laudo establece que, para responder a la cuestión, "ha de atenderse a la redacción exacta de la cláusula en cuestión, para comprobar en qué medida la misma efectúa o no una diferenciación de tratamiento en el régimen jurídico, según que el IPC real sea superior o no al IPC previsto. Y, desde esa perspectiva, la disposición transitoria en cuestión no presenta diferencia alguna, pues se limita a afirmar que se debe proceder a la revisión salarial en todo caso a la vista del cual sea a final de año el IPC real; ello obliga, pues, a aplicar el principio general del derecho de que allí donde la norma no distingue no nos resulta lícito diferenciar; por tanto, si la disposición transitoria no efectúa este tipo de diferenciaciones en función del resultado del IPC real, no cabe de principio dar un tratamiento diversificado al efecto".

En el caso de la interpretación de las cláusulas de revisión salarial, los distintos pronunciamientos judiciales han huido del canon hermenéutico de totalidad que convierte la integridad del pacto en objeto de interpretación y se han centrado en el tenor literal de sus palabras. Pese a que la interpretación literal ha sido duramente criticada al considerarse que sólo el análisis del contexto y situación permiten dotar de un sentido razonable al objeto de interpretación, es decir, adecuado a una cierta situación, lo cierto es que la singularidad y, sobre todo, los relevantes efectos que derivan del signo de la interpretación han reconducido el canon interpretativo al análisis del significado corriente de las palabras. La cláusula de revisión salarial se aísla del contexto en el que surge y se desarrolla y, a modo de foto fija, queda sometida a la definición formal que de ella se haya dado en el convenio o pacto.

4.2. Pero... ¿existe un IPC previsto por el Gobierno?

La controversia en relación con la interpretación de las cláusulas de revisión salarial se ha centrado en la propia existencia de una concreta y específica previsión del IPC por el Gobierno a principios de año. La cuestión ha resultado ciertamente controvertida hasta el punto de que algunos pronunciamientos jurisprudenciales han basado su argumentación en la inexistencia de dicha previsión, lo que les ha llevado a concluir la no activación de cláusula de revisión.

La SAN 21 de mayo de 2009 (R° 40/2009), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa Sogecable*, fue la primera sentencia en pronunciarse sobre esta

cuestión. La sentencia procede a aclarar si el gobierno realizó, como defendieron CCOO y UGT, una previsión de incremento del IPC para el año 2009 o, por el contrario, no se produjo tal previsión, como defendió el Grupo Sogecable. Señala la sentencia que “aunque sea cierto que la última ley de presupuestos generales del Estado, en la que se utilizó el concepto “índice de precios al consumo previsto”, fue la Ley 23/2001 de 27 de diciembre, lo que trae su causa en el indudable coste político y mediático que provoca cualquier error gubernamental al respecto, lo que sucedió habitualmente en los anuncios de previsión de IPC precedentes, no es menos cierto que el índice de IPC previsto para cada año ha sido utilizado para el cálculo de las retribuciones de los funcionarios y el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, así como para el cálculo de las pensiones de clases pasivas y para las pensiones de Seguridad Social en su modalidad contributiva”.

Así, el art. 44, 2 de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009, que regula el incremento de las pensiones contributivas de la Seguridad Social para dicha anualidad, establece que las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, experimentarán en el año 2009 un incremento del 2 %, de conformidad con lo previsto en el art. 48 LGSS, sin perjuicio de las excepciones contenidas en los artículos siguientes de este Capítulo y que les sean expresamente de aplicación, estableciendo el citado artículo que las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año, “lo que permite concluir indubitadamente que la referencia al “incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC”, contenido en el artículo 50 in fine del II Convenio del Grupo Sogecable, se refería precisamente al contenido en las leyes de presupuestos para el aumento de retribuciones de funcionarios (artículos 30, b); 31, b) y 32, 2 de la Ley 2/2008), así como a la revalorización de pensiones para dicha anualidad (artículo 44 de la Ley 2/2008)”. Por lo demás, concluye la sentencia, “esa ha sido la práctica del Grupo Sogecable desde la vigencia del I Convenio colectivo, aunque en dicho período no se produjo nunca manifestación expresa en las leyes de presupuestos sobre IPC previsto por el gobierno, aplicándose pacíficamente los incrementos en las retribuciones de los funcionarios, así como en las pensiones contributivas de la Seguridad Social, debiendo subrayarse, a estos efectos, que la inclusión de la expresión controvertida – incremento equivalente al previsto para el gobierno para el IPC – en el artículo 50 del II convenio, pese a que ambas partes conocían perfectamente que dicha previsión no era expresa en las leyes de presupuestos desde el año 2002, solo podía interpretarse del modo propuesto”. Esta doctrina es la mayoritariamente acogida por el resto de las resoluciones judiciales que han analizado esta cuestión.

Esta línea interpretativa se rompió con la polémica STSJ Cataluña de 9 de junio de 2009 (R° 10/2009), Asunto *Convenio colectivo de las empresas de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución y depuración de aguas y su personal de la provincial de Barcelona*. En este caso, el art. 47.3 del citado Convenio establecía que “para el año 2009 todos los conceptos salariales (...) se incrementarán según el IPC previsto por el Gobierno estatal para el año 2009, y con una cláusula de revisión salarial al IPC real estatal a 31 de diciembre de 2009”.

La sentencia después de repasar la Ley General de Presupuestos para el 2009 (arts. 25 y 44) y el art. 48 LGSS, afirma que “la magnitud prevista para la subida de las pensiones y los salarios públicos no es equivalente al IPC previsto para este año, aun cuando el aumento de pensiones y tales salarios pueda coincidir con dicho índice, es decir, tales conceptos subirán independientemente de cuál sea la inflación real, del IPC que pudiera oficialmente anunciar el gobierno o del IPC real”. En resumen, concluye, “falta esa previsión oficial expresa de IPC para 2009 y no es aceptable una identidad entre la subida de pensiones y de los salarios de funcionarios con el IPC, independientemente de que en años anteriores el gobierno los haya hecho coincidir cuando no existía la situación de inestabilidad económica actual mientras ahora se emiten pronósticos de deflación por gran número de expertos y organismos y en muchas empresas ha primado el mantenimiento del empleo sobre otros derechos”. El Tribunal se apoya en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1995 que establece que, para que una previsión sea calificada de “oficial” se debe atender a dos criterios, el de la autoridad que la profiere y el del medio de publicación, por lo que “(...) sólo serán oficiales aquéllas que estén publicadas en el Boletín Oficial del Estado o bien si el mismo se fija en algún documento oficial que acompañara a la LPGE o cualquier otro informe o documento de las autoridades responsables de la política económica del Gobierno(...)”. De todo lo anterior, concluye la Sala, “no existe previsión expresa recogida en el BOE –“medio” o “soporte”– ni declaración oficial del Gobierno –“autoridad”– sobre la cuantía que prevé para este año 2009”.

La citada interpretación ha sido contestada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 10 de julio de 2009 (AS 2009\1730), Asunto *Convenio Colectivo de Onda Cero Radio*. Señala la Sala a este respecto que “no puede convenirse con la doctrina citada, aunque sea cierto que el Gobierno no hizo pública formal y solemnemente una previsión de IPC en el año 2009, como no lo ha hecho tampoco el Banco Central Europeo, puesto que no es menos cierto que tampoco lo hizo en los años 2002 a 2008, (...), lo que no le impidió aumentar provisionalmente los salarios de cada año, aplicando a las retribuciones definitivas del año anterior el IPC previsto, que coincidía plenamente cada anualidad con los aumentos, que se hacían anualmente con las revalorizaciones de pensiones

contributivas de la Seguridad Social, pensiones de clases pasivas y sueldos de funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las AAPP, lo que permite concluir razonablemente que la intención de las partes fue siempre ajustar los incrementos provisionales de cada año con el incremento de IPC previsto por el Gobierno conforme a las herramientas jurídicas ya descritas: revalorización de pensiones contributivas de la Seguridad Social (art. 44, 2 Ley 2/2008; art. 48, 1 LGSS; art. 47 Ley 2/2008; art. 3 RD. 1/2009 y arts. 24 y 25 Ley 2/2008)". Y subraya, para concluir el citado pronunciamiento, que "lo importante, para la resolución del presente conflicto, no es – si el Gobierno determinó formalmente el IPC para 2009, lo que hizo efectivamente, aunque no de modo solemne y formal, al igual que en los años precedentes, sino como herramienta para determinar legalmente la revalorización de pensiones, como no podría ser de otro modo, puesto que, si no lo hubiera hecho así, habría incumplido los mandatos legales ya citados – sino cual era la intención de los contratantes, cuando se remitieron reiteradamente al IPC previsto por el Gobierno a sabiendas de que el Gobierno no identificaba formal y solemnemente el IPC previsto para cada año desde el año 2001, siendo más que evidente que su intención fue siempre acomodar los incrementos pactados a las revalorizaciones ya citadas, cuya referencia legal fue siempre el IPC previsto por el Gobierno".

Por otra parte, en la SAN de 6 de julio de 2009 (JUR 2009\341736), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa Bimbo, SAU*, se desestima que el IPC previsto sea el fijado por el Banco Central Europeo. La sentencia señala que "tampoco ha de ser acogido favorablemente el planteamiento que se formula de manera subsidiaria, de que como IPC previsto se considere el que lo ha sido por Autoridades u Organismos económicos nacionales e internacionales aplicando a España y zona euro". Y, refiriéndose expresamente al Banco Central Europeo, señala el citado pronunciamiento que, aunque éste ostente funciones de política monetaria, ello no significa que "las recomendaciones e informaciones que emite tal entidad constituyan una fuente del Derecho supranacional y que a lo único que ha procedido es a llevar a cabo una recomendación", concluyendo que "no puede aceptarse la tesis de que el IPC haya de ser fijado ateniéndose a recomendaciones o informaciones de Autoridades u Organismos económicos nacionales e internacionales".

4.3. La imposibilidad de compensación salvo que la misma se encuentre prevista en convenio colectivo

Una última cuestión que debe ser objeto de consideración es la relativa a la posibilidad de compensar el desequilibrio económico producido para la

empresa, a resultas de la interpretación que impide la revisión a la baja, con una futura compensación de los incrementos recibidos. Parece claro que lo que no resulta posible es que los trabajadores reembolsen el correspondiente exceso de los incrementos percibidos, pero más cuestionable resulta la posible compensación o descuento de esas cantidades a cargo de las futuras subidas salariales.

La SAN 21 de mayo de 2009 (R° 40/2009), Asunto *Convenio Colectivo de la empresa Sogecable*, procedió a determinar si lo establecido en el convenio colectivo contemplaba un simple anticipo, ajustable al alza o a la baja con el IPC real de cada año, o, por contrario, es un incremento concreto, revisándose hasta el IPC real más medio punto, como defendió la representación de los trabajadores. La respuesta es favorable a esta segunda posición porque “la simple lectura permite concluir que se produjeron dos pactos perfectamente diferenciados: un incremento equivalente al previsto por el gobierno para el IPC más medio punto, y una revisión hasta el IPC real de cada año, más medio punto, no contemplándose de ningún modo que el incremento inicial constituyera un anticipo sobre el incremento real del IPC, puesto que al suscribirse el convenio era absolutamente impensable que durante los años se su vigencia se produjera un incremento negativo del IPC.

En el conflicto resuelto por la SAN de 10 de julio de 2009 (AS 2009\1730), Asunto *Convenio Colectivo de Onda Cero Radio*, la posición empresarial consideraba ese exceso como un anticipo a cuenta de futuros incrementos salariales, pretendiendo descontarlo del incremento salarial para 2009. El tenor literal de la cláusula objeto de controversia era el siguiente: “A la finalización del ejercicio 2008 y, una vez conocido el IPC real de dicho año se procederá al abono con efecto desde 1 de enero de 2008, de la diferencia resultante entre el IPC real y el IPC previsto”. La Audiencia Nacional, al interpretar el contenido de la citada cláusula considera que “la redacción del convenio es lo suficientemente clara para excluir la posibilidad de descontar la diferencia”. Además, la AN entiende que no hay posibilidad de efectuar una futura compensación del exceso porque los incrementos provisionales pactados en el convenio no se condicionaron para el caso de que el IPC real fuera inferior al previsto.

En este sentido, la línea que sigue mayoritariamente la doctrina judicial sólo acepta la futura compensación si la misma se encuentra expresamente prevista en el convenio colectivo. Un ejemplo de este tipo de cláusulas la podemos encontrar en el Acuerdo Marco de Grupo *Respsol-YPF*, cuyo art. 6 señala que “la cláusula de revisión por desviación del IPC real con respecto al previsto, operará excepcionalmente en los años 2009 y 2010, en la forma siguiente: a) Si el IPC real es superior al previsto, la diferencia tendrá efectos retroactivos, y se modificarán al alza los valores de los distintos conceptos, que servirán de base para los incrementos del ejercicio siguiente. b) Si el IPC real es inferior al previsto, la diferencia no tendrá efectos retroactivos, y se modifi-

carán a la baja, los valores de los distintos conceptos, que servirán de base para los incrementos del ejercicio siguiente”³⁰. Otros ejemplos pueden hallarse en el Convenio colectivo de *Gas Natural Servicios* o en el de *Sector del Metal de Navarra*³¹.

En consecuencia, en la gran mayoría de los casos no será posible compensar ese exceso de revisión al alza del salario, como consecuencia de que

³⁰ BOE 30/06/2009. Precisa el citado precepto la forma en la que producirá la referida modificación: 1. Si la desviación es inferior a un punto porcentual, sólo se tomará el 50% de la concreta desviación para modificar los valores de los distintos conceptos retributivos. 2. Si la desviación es superior a un punto porcentual, se tomará el 50% del primer punto y el 100% del exceso sobre dicho punto para la modificación de los distintos conceptos retributivos. 3. La revisión salarial resultante de la aplicación de los criterios 1 y 2 anteriores estará limitada por los valores de los conceptos retributivos que sirvieron de base para el incremento en cada uno de los años, que, en su caso, se mantendrán para calcular el nuevo incremento.

³¹ Otros ejemplos podemos hallar en el Convenio colectivo de Gas Natural Servicios (BOE 22/6/2009), cuyo art. 26.2 establece lo siguiente: “Revisión salarial.–Para el año 2009, la cláusula de revisión salarial, por desviación del IPC real con respecto al IPC previsto (2%), operará sobre la tabla salarial y los conceptos antes indicados, en la forma siguiente: a) Si el IPC real es superior al previsto, la diferencia tendrá efectos retroactivos, y se modificarán al alza los valores de los conceptos objeto de incremento salarial, que servirán de base para los incrementos del año siguiente. b) Si el IPC real es inferior al previsto, la diferencia no tendrá efectos retroactivos. La Comisión de Seguimiento del Convenio analizará y acordará, en su caso, la incidencia de dicha diferencia en los valores de los conceptos objeto de incremento salarial, que servirán de base para los incrementos del año siguiente”. O en el Convenio Colectivo de Sector del Metal de Navarra (BOE 01/09/2008) a cuyo tenor el art. 39 establece: “Con el fin de asegurar el cumplimiento de lo acordado por las partes respecto de los incrementos salariales, sobre salarios reales, que, con carácter definitivo, habrá de efectuarse durante los años 2008, 2009, 2010 y 2011 y que se ha cifrado en el IPC real Nacional de cada uno de dichos años, más 1 punto para 2008 y más 0,75 de punto para 2009, 2010 y 2011, se establece la presente Cláusula de Revisión Salarial, que operará del modo siguiente: a) En el caso de que la cifra de incremento salarial que resulte de aplicar, para cada uno de los cuatro años, lo dispuesto en los números 1 y 2 del Epígrafe 1º apartado A) de este artículo fuera inferior a la que resulte de sumar 1 punto al IPC real Nacional acumulado, respectivamente, para 2008 y 0,75 de punto al mismo IPC real Nacional para 2009, 2010 y 2011, se practicará –tan pronto se constate oficialmente tal circunstancia– una revisión salarial plana en la cuantía matemática precisa para alcanzar los mencionados límites (IPC real Nacional 2008 + 1 punto e IPC real Nacional 2009, 2010 y 2011 + 0,75 de punto). b) En el caso contrario, en que la cifra de incrementos salariales resultante de aplicar, para cada uno de los cuatro años de vigencia, lo dispuesto en los números 1 y 2 del Epígrafe 1º, apartado A) de este artículo fuera superior a la que resulte de sumar 1 punto al IPC real a nivel Nacional acumulado, respectivamente, para 2008 y 0,75 de punto al mismo IPC real Nacional para 2009, 2010 y 2011, la revisión a practicar tan pronto se conozca oficialmente tal circunstancia, consistirá en reducir aquella cifra de incrementos salariales en la cuantía matemática precisa para alcanzar el mencionado límite (IPC real Nacional de 2008 + 1 punto e IPC real 2009, 2010 y 2011 0,75 de punto). Las cantidades afectadas por esta revisión que habrían sido abonadas en exceso por las Empresas, tendrán la consideración de Anticipos a Cuenta de los incrementos salariales que se produzcan en el siguiente año, y por ello, no formarán parte de la Base tenida en cuenta para practicar los aumentos de Salarios correspondientes a dicho año siguiente”.

la redacción de las cláusulas de revisión salarial se llevó a cabo en un momento de IPC real superior al inicialmente previsto y cuya activación, por tanto, sólo se producía en esta situación.

5. CONCLUSIONES

Estas reflexiones ponen de manifiesto dos tipos de conclusiones bien distintas, una en cuanto a la forma y otra en cuanto al fondo. Por lo que a la forma se refiere, el problema de la utilización de las cláusulas de revisión salarial cuando el IPCp es inferior al IPCr se saldaría con una correcta redacción de las mismas, que contemplara ambos supuestos, intentando dejar a un lado ambigüedades y redacciones oscuras. Nuestra jurisprudencia exige, como hemos visto, que las partes manifiesten expresamente su deseo de acordar una cláusula bivalente. Así, éste es un problema, en suma, de falta de previsión por parte de los sujetos negociadores. ¿Quién iba a pensar en 2007 que la situación que hemos estudiado se iba a producir? No obstante, como ha quedado dicho, no es ni la primera ni la última vez que esto ocurre. Además, como también se señaló, como una buena práctica a seguir, hubo quién sí fue previsor.

Por otra parte, en cuanto al fondo, el estudio pormenorizado de esta figura jurídica pone al descubierto la enorme potencialidad de las cláusulas de revisión salarial como mecanismo “flexibilizador” de los salarios. Para ello, sería necesario una nueva conceptualización de la salvaguarda salarial que se apartara de la clásica aquí descrita y que se aproximara a la que verdaderamente se esconde tras muchos convenios, esto es, su consideración como un instrumento de garantía de los incrementos salariales pactados y no, simplemente, del poder adquisitivo de los trabajadores.

En efecto, del estudio de los convenios colectivos se deduce que la redacción de muchas cláusulas tiende más, en la mayoría de los casos, a asegurar el incremento salarial pactado, que el mantenimiento del poder adquisitivo de los salarios, cosa que implícitamente no sólo se consigue, sino que se mejora. El problema es que, en su mayoría también, los convenios se quedan ahí, sin prever regulación alguna para el supuesto en que no es necesario garantizar el poder adquisitivo de los salarios por sobrepasar el incremento pactado al coste de vida, es decir, en términos de lo explicado en este estudio, por ser el IPCr superior al IPCp.

Así entendidas, y teniendo en cuenta su íntima relación con la coyuntura económica general y particular de la empresa, parecería lógico que, si las circunstancias tenidas en cuenta por la patronal y los representantes de los trabajadores a la hora de pactar el incremento salarial variaran de forma notable, dichos incrementos salariales pudieran adaptarse a las nuevas circuns-

tancias, amoldando así las subidas salariales a la situación de la empresa. Otra cosa es que, además, nuestra jurisprudencia exija que se prevea tal circunstancia de forma expresa, esto es, que las partes lo acuerden expresamente.

De esta forma, se lograría un instrumento jurídico de salvaguarda del poder adquisitivo de los trabajadores en tiempos de bonanza (cuando más frecuentemente se producen las circunstancias que, como dijimos, “activan” las cláusulas de revisión salarial), pero de moderación y adaptación de los costes salariales para los tiempos de crisis. Las cláusulas de revisión salarial, así entendidas, serían un mecanismo jurídico caracterizado por ser automático, ágil y poco oneroso. Automático porque se aplicaría de acuerdo con la evolución de la inflación, al prever tanto el caso en que la inflación real supera a la prevista, como a la inversa, estableciendo la forma en que la remuneración del trabajo se adaptaría a tales circunstancias³²; ágil, porque evitaría los especiales procedimientos previstos para otros mecanismos flexibilizadores en el ámbito salarial, como el descuelgue del 82.3 ET o las modificaciones sustanciales del art. 41 ET; y poco oneroso, en tanto que se trataría de una medida de adaptación a tiempos de crisis que no requeriría de la constatación de las especiales y difíciles circunstancias económico-financieras a que se refieren los otros dos, situándose como un mecanismo previo a otros de corte más radical.

En efecto, la salvaguarda salarial, así entendida, permitiría tomar posición ante una situación adversa antes de que la actividad de la empresa se deteriore, por lo que incrementaría las posibilidades de tener que evitar despidos o recortes salariales. Así, del mismo modo, mediante la variación del incremento salarial, los trabajadores podrían evitar, por citar un ejemplo, la revisión del conjunto de las remuneraciones vía descuelgue o, lo que sería peor, una relajación de los requisitos para su aplicación. Consideraciones similares merecería la modificación sustancial.

En suma, las cláusulas de revisión salarial pueden ser un instrumento especialmente útil para coyunturas difíciles como las actuales. Basta con poner orden en el caos descrito y con permitir que sean algo más que un mero instrumento de garantía del poder adquisitivo de los salarios.

³² Podrían utilizarse técnicas similares a la de los escasos convenios que sí prevén el caso en que la inflación prevista supera a la real y que quedaron reflejados más arriba; o utilización de revisiones parciales, por ejemplo, semestralmente.

CONCILIACIÓN DE VIDA PRIVADA Y LABORAL

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

EXTRACTO

Palabras Clave: Conciliación, Vida Laboral y Familiar

Las líneas de tendencia fundamentales en el diseño y puesta en funcionamiento de las políticas de conciliación de vida privada y laboral en el ámbito comunitario y de varios Estados miembros de la Unión Europea constituye el objeto del presente estudio. Se formula una visión crítica de los objetivos perseguidos con las mismas, ya se trate de la igualdad por razón de sexo, del apoyo a las unidades familiares, del incremento de la natalidad, de la atención a la infancia y a las personas dependientes, de la lucha contra la exclusión social o del fomento del empleo y de la inclusión sociolaboral de la mujer. Se pone énfasis en cómo, con la asunción de este tópico por parte de la Estrategia Europea de Empleo, es totalmente prohiado por ésta, en detrimento de otras perspectivas de análisis. Después de un comentario sobre las principales herramientas de conciliación –permisos parentales, instituciones de servicio a menores y a mayores dependientes y flexibilización de las condiciones de trabajo–, se concluye con una descripción valorativa muy somera de orientaciones recientes en varios ordenamientos comunitarios, fundamentalmente el alemán, el francés y el español. Todo ello, con la pregunta de fondo sobre los objetivos más deseables y las herramientas concretas más aconsejables.

ABSTRACT

Key Words: Conciliation, Work and Family Life

The present study focuses on the work and family life conciliation policies' design and start up and their general trends in the community and in the EU scenario. We expose a certain criticism as regards these policies' objectives, that is, equal treatment and gender, family support, increase birth-rate, childhood care and disabled or otherwise dependant elderly people, social exclusion, or to promote employment and women's socio-labour inclusion. The emphasis is focused on how the European Employment Strategy deals with this issue as other point of view of the same analysis. After a comment about key conciliation tools –such as paternal leave, child-care institutions and dependant elderly people and labour condition's flexibilization – the study finalises making a brief description about recent community law, basically in the German, French and Spanish cases. All this, asking the question about the most desirable objectives and most advisable concrete tools.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO POLÍTICO Y DE POLÍTICA SOCIAL
2. EN TORNO AL PERMISO PARENTAL
3. CUIDADO DE MENORES
4. UN APUNTE SOBRE LA FLEXIBILIDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO
5. EN CONCRETO, SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA POLÍTICA DE EMPLEO
6. UN BREVE COMENTARIO DE TENDENCIAS LEGISLATIVAS

1. PLANTEAMIENTO POLÍTICO Y DE POLÍTICA SOCIAL

Bajo este título se cobijan una serie de políticas públicas y privadas y unas tendencias de opinión bastante diversas entre sí, pero que conforman un debate de mucho interés en Europa y más allá de sus fronteras. En este debate se superponen perspectivas temáticas distintas: la primera, la igualdad entre hombres y mujeres y la eliminación de discriminaciones por razón de género. La segunda, la Estrategia Europea de Empleo y, muy en particular, el incremento de la tasa de empleo femenina. La tercera, el reto demográfico que plantea el envejecimiento de la sociedad, con las consiguientes necesidades de cuidado por un lado y de restablecimiento de la pirámide demográfica por el otro¹. Que se analice esta materia desde una u otra depende de consideraciones teóricas e ideológicas suficientemente conocidas y sobre las que hay que reflexionar en estas páginas.

Y, por debajo de tendencias y opiniones, hay que hacer una referencia a las fundamentales técnicas que se ponen en juego, así como a los efectos que cada una de ellas produce. En particular, hay que aludir a tres fundamentales, sin por ahora entrar a establecer una jerarquía entre ellas: en primer lugar, la conveniencia de promover servicios –públicos– de cuidado de menores y de mayores dependientes. En segundo lugar, el interés de regular permisos para que las personas trabajadoras puedan interrumpir sus carreras profesionales total o parcialmente para dedicarse a labores de cuidado. Y, en tercer lugar, la promoción de unas condiciones de trabajo más flexibles y adaptables para que esas mismas personas puedan coordinar mejor sus obligaciones laborales y su vida privada, ya se trate de jornada de trabajo, de modalidad de contrato o relación de empleo o de otras circunstancias de ejecución de la prestación de trabajo².

¹ Sobre el particular, Lewis, J, *Work/family reconciliation, equal opportunities, and social policies: the interpretation of policy trajectories at the EU level and the meaning of gender equality*, *Journal of European Public Policy*. 13:3, 2006, p. 423.

² Con más detalle y menos sistemática, Cabeza Pereiro, J., *Conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa*, *Revista de Derecho Social*, nº 31, 2005, p. 21.

En relación con las tres se suscitan una serie de interrogantes sobre los que conviene discutir y se producen varios acontecimientos en los Estados miembros de la Unión Europea a veces convergentes y otras veces divergentes entre sí.

El enfoque de todo ello tiene que ver con valores muy arraigados en los círculos íntimos de las personas. En particular, las propias consideraciones sobre la familia y sobre su conformación y dinámicas, así como el papel que debe desempeñar vitalmente cada uno/a de sus componentes. No en vano muchos de los temas que aquí se van a tratar se abordan en sus orígenes como una parte sustancial de las políticas familiares. Y, en asuntos de valores, es claro que la contestación a las iniciativas públicas puede resultar particularmente intensa³. Básicamente, porque, a juicio de algunos, el núcleo familiar debe permanecer ajeno al intervencionismo administrativo o gubernativo, como espacio más sagrado de las relaciones privadas. Contra estas creencias se ha alzado la corriente feminista. Las ha puesto en tela de juicio y ha planteado, como única solución emancipadora, que se politizaran y publicaran estos núcleos de convivencia, a los efectos de que desde el poder público se pudiesen cambiar las conductas y los paradigmas⁴.

En términos generales, en el trasfondo de todos los debates se plantea un conflicto entre modelos, más o menos tradicionales. Entre un modelo clásico, en el que se atribuye al hombre el papel de sustento económico de la familia, a través de una dedicación intensiva al trabajo económicamente retribuido y socialmente valorado, con abandono más o menos intenso de las tareas de cuidado y de atención de los demás componentes del núcleo familiar, en tanto que a la mujer le incumbe esta tarea de cuidado, sin compensación económica y falta de reconocimiento social⁵. Y, de otro lado, un modelo distinto, en el que se defiende una distribución más equitativa de las tareas entre ambos, hombre y mujer, o se prescinda del componente familiar en este debate. Dicho en otros términos, un paradigma en el que las personas sean objeto de una consideración individualizada y en el que, desde la perspectiva del mundo del trabajo, se valore indistintamente a unos y a otras como personas adultas trabajadoras. En el primero de ellos, y prescindiendo por ahora de otras consecuencias, es claro

³ Lewis, J., Knijn, T, Martin, C. y Ostner, I., *Patterns and developments in work/family recognition policies for parents in France, Germany, the Netherlands and the UK in the 2000s*, Social Politics: International Studies in Gender, State & Society, 15, 2008, p. 263.

⁴ Sobre esta "politización", Mcmanus, R., *Work-life balance: a case of technical disempowerment?*, Social Politics, : International Studies in Gender, State & Society, 2009, 16 (1) pp. 111 ss.

⁵ Sobre él, León, M., *Gender Equality and the European Employment Strategy: The work/family balance debate*, Social Policy & Society, 8:2, 2009, p. 198.

que las mujeres quedan al margen de todos los beneficios laborales y de todos los sociales derivados de los laborales. Por supuesto, los cambios en la conformación de la familia repercuten en el tránsito de un modelo a otro. En general, el incremento en la contribución de la mujer en el sostenimiento de la misma produce un cambio de un modelo a otro, aunque sometido a fuertes resistencias. Ha de decirse que las políticas públicas ya no pueden partir de realidades pretéritas y de que el hombre realiza el trabajo remunerado y la mujer la labor de cuidado. Ahora bien, no sería del todo cierto negar que los viejos esquemas siguen condicionando la realidad y perfilando una situación de cierto desequilibrio de roles.

Y sucede algo difícil de superar, en torno a las inercias derivadas de dichos viejos esquemas. Es probable que, al menos en parte, hayan sido superadas convicciones tradicionales que daban por buenas y deseables las diferencias sexistas de las labores de unos y otras. Con todo, es muy digna de apreciar una profunda fractura entre las convicciones sociales y las actitudes individuales y colectivas. Éstas presentan muchas más resistencias al cambio, por más que el discurso público y privado abjure de discursos que se conciben como muy antiguos e indeseables⁶. Es más, como va a argumentarse, las nuevas orientaciones prescinden de este conflicto de roles y no lo atacan. Como quiera que ignoran el problema de base o lo dan artificialmente por superado, en la práctica muchos de los viejos esquemas se mantienen enquistados y tienden a perpetuarse.

En torno a este reparto tradicional de papeles en función del sexo, se suscita un debate bastante interesado en torno a las libres opciones de las personas y a las decisiones que se producen en el seno de la unidad familiar. La propia Comisión Europea hace suyo este discurso cuando afirma, como frase de cabecera, que las elecciones que los hombres y las mujeres adoptan en la conciliación de los aspectos profesionales, privados y familiares de sus vidas son fundamentalmente personales⁷. La retórica de la elección, en efecto, ha confinado en decisiones muy condicionadas una aparente vocación de cuidado, al mismo tiempo que ha servido de excusa para que se mantuviera una situación de clara desigualdad e injusticia entre mujeres y hombres. Es verdad que la elección constituye una señal de identidad de las sociedades democráticas y que casi todos los sistemas europeos se construyen a partir de opciones entre sistemas más o menos formales de cuidado de los niños y de los familiares

⁶ Así lo expresan Lewis, J., Knijn, T., Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, p. 265.

⁷ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions "A better work-life balance: stronger support for reconciling professional, private and family life"*, Brussels 3 octubre 2008, COM(2008)635 final.

dependientes. Pero en una elección entre dos posibilidades factibles y asumibles puestas al servicio de un modelo menos patriarcal. Por más que optar, vg., por un sistema de permiso parental frente a uno de servicios públicos de guardería implique asumir claras consecuencias en el desarrollo de las trayectorias profesionales de las personas. Y en una elección en la que también debe resultar verosímil que el progenitor masculino asuma la tarea de cuidado o, al menos, que la comparta en un mayor pie de igualdad con la mujer. Pero, en realidad, es frecuente, e incluso inducido por las normativas internas que estas elecciones libres se transforman en la práctica en estímulos a que las trabajadoras suspendan sus vinculaciones profesionales para cuidar de la familia, por más que gocen de cobertura social suficiente.

El debate se desencadena, claro está, desde el discurso feminista y el reparto más justo de tareas. En una época como la actual en la que, paradójicamente, y pese al carácter central que se le reconoce al debate de la conciliación de vida privada y laboral, el discurso sobre el trabajo doméstico y sobre su asunción está perdiendo intensidad. En función de las prácticas de unos y otros Estados, se fomenta en algunos casos que estas tareas se desempeñen de acuerdo con los roles tradicionales, mediante unas instituciones que facilitan que las mujeres puedan cumplir con su doble jornada. En otros, se opta por incentivar el empleo doméstico formalizado en el marco de los empleos de proximidad. Pero sin que, en líneas generales, se haga hincapié en la implicación masculina de su desempeño. La implicación del hombre y la exigencia de que comparta la tarea hogareña y de cuidado ha perdido eficacia en el contexto de los últimos años, a través de una serie de líneas de tendencia que se pasan a abordar. En general, el diagnóstico es que se ha oscurecido el problema de quién desempeña el trabajo doméstico⁸. Lo que en la práctica se traduce en que las desigualdades se multiplican en el mercado de trabajo y en todas sus consecuencias derivadas a causa de que a las mujeres se les sigue imputando la carga de arrostrarlo. Han de multiplicarse, pues, en el trabajo retribuido y en el no retribuido, en el valorado socialmente y en el no valorado⁹.

Probablemente, en el oscurecimiento de este debate sobre la labor de cuidado la difusión del tópico de la conciliación de la vida privada y laboral ha tenido bastante que ver. Incluso puede llegar a afirmarse que esta difusión ha servido de estrategia para obviar la incómoda responsabilidad masculina en las tareas de cuidado y en el trabajo doméstico. En la medida en la que la labor

⁸ León, M., *op. cit.*, p. 198.

⁹ Sobre este tópico, y con interesantes referencias bibliográficas, Stratigaki, M., *The cooptation of gender concepts in EU policies: the case of "reconciliation of work and family"*, *Social Politics*, 11, 2004, pp. 31 ss.

estrictamente familiar puede ser compatible y armónica con la presencia de quienes la desempeñan en el mundo formalizado de las relaciones de producción, puede argumentarse que la carga familiar no es el obstáculo para el desempeño profesional. Es decir, el problema de quién cuida o quién se responsabiliza pasa a un segundo plano. La cuestión es que el cuidado deja de ser un impedimento para el trabajo. Se abandona, pues, la necesidad de obtener un mayor equilibrio de roles entre los que corresponden a la población masculina y a la población femenina y se pasa a defender un nuevo equilibrio, entre las ocupaciones laborales y las ocupaciones familiares. En este escenario renovado, deja de cuestionarse la división del trabajo por género, y la doble jornada ya no constituye un problema visible¹⁰.

Así pues, la conciliación de la vida familiar y laboral puede emerger como un refinadísimo mecanismo de defensa masculino. Ahora se trata de ayudar a la mujer a que su papel social de cuidado de la familia pueda ser realmente compatible con su perfil de trabajadora por cuenta propia o por cuenta ajena. En realidad, esta perspectiva no está, ni de lejos, ausente en el panorama europeo. Y es, desde luego, implícita –o explícitamente– defendida en la práctica y en la teoría política. La conciliación sería, pues, un tópico ligado al trabajo femenino y a las normas que lo regulan. Conciliación, desde esta perspectiva, significaría algo así como ayuda o asistencia a las madres, simplificando la realidad. No en vano y no por casualidad, el término ha sido adoptado con entusiasmo por algunas de las capas más reaccionarias del pensamiento político.

El discurso europeo no ha sido ajeno a este proceso. No se trata ahora de buscar antecedentes, pero es claro que los documentos comunitarios, en particular a partir del Primer Programa de Acción Social de 1974, hicieron suyo el debate feminista sobre la necesidad de compartir el trabajo doméstico y la tarea de cuidado. Sin embargo, es muy plástico el progresivo cambio de lenguaje. En la Carta Comunitaria de Estrasburgo de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores –1989–, el tópico de la corresponsabilización –*sharing*– pasa a convertirse en el de la conciliación –*reconciliation*– y, paralelamente, las responsabilidades en la labor de cuidado pasan a ser obligaciones. La corresponsabilidad constituye un discurso de equidad y de igualdad, en el fondo un pensamiento de ética pública y privada. Diversamente, el de la conciliación constituye un punto de vista de mercado. Como se va a insistir en las páginas que siguen, es en el seno de la Estrategia Europea del Empleo donde más a florecido y más se ha insistido en él¹¹.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 42 ss.

¹¹ Vuelvo a insistir en el interés que tiene el trabajo de Straitijaki, M., reiteradamente citado en estos párrafos, pp. 30 ss.

Las propias fuentes jurídicas comunitarias constituyen toda una evidencia de que el discurso de la igualdad ha sufrido un fuerte retraimiento en este escenario. Dicho en otros términos, que la igualdad y la no discriminación no mantienen un estrecho vínculo con las instituciones de los permisos, entre otras. Sin duda, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión es un observatorio muy privilegiado. Cuando se ha tenido que enfrentar a instituciones tales como los permisos, las reducciones de jornada o las excedencias, ha sufrido una fuerte miopía a la hora de apreciar que la denegación de las mismas o un tratamiento especialmente peyorativo en su régimen jurídico pudiesen suponer impactos adversos hacia colectivos feminizados que, a la postre, resultarían en discriminaciones indirectas. Podría bucearse mucho más atrás, pero los fundamentos de derecho de la sentencia resolutoria del asunto *Gómez Limón*¹² son un claro paradigma de este divorcio entre el derecho antidiscriminatorio y las normas relativas al derecho parental. Curiosamente, en este punto algún órgano constitucional interno, como es el caso del Tribunal Constitucional español, ha adoptado un punto de vista mucho más atento al problema discriminatorio que subyace, por más que en una línea de análisis que da pie a una perpetuación de roles sociales¹³.

Lo dicho es verdad a mi juicio, sin que quepan muchas objeciones. Pero a partir de ahí debe entrarse en el análisis de los problemas más concretos y en el papel de la igualdad, al menos en el que le quede. Porque, aunque se sitúen los términos del problema en este plano, la conciliación y la igualdad, desde la perspectiva de las políticas sociales y de los ordenamientos jurídicos, constituyen campos de análisis con parentescos muy estrechos. Así se reconoce, al menos de modo formal y concesivo, en los documentos de las instituciones

¹² Asunto C-537/07, sentencia de 16 julio 2009. Puede destacarse el siguiente pasaje: “...debe señalarse que, como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente, las mujeres optan mucho más frecuentemente que los hombres por disfrutar de períodos de reducción del horario de trabajo para encargarse de la educación de los hijos, con reducción proporcional del salario y la consiguiente disminución de los derechos de seguridad social derivados de la relación laboral. Sin embargo, es también jurisprudencia reiterada que la discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, *Boyle*, apartado 39, y *Lewen*, apartado 36).57. Ahora bien, el trabajador que disfruta del permiso parental que le otorga la Directiva 96/34, por la que se aplica el Acuerdo marco sobre el permiso parental, en alguna de las modalidades definidas por la ley nacional o por un convenio colectivo, mediante el ejercicio, como en el litigio principal, de una actividad a tiempo parcial, se encuentra en una situación específica, que no puede asimilarse a la de un hombre o una mujer que trabaje a tiempo completo (véase en este sentido, la sentencia *Lewen*, antes citada, apartado 37)”.

¹³ Me refiero, por ejemplo, a la sentencia del Tribunal Constitucional español 3/2007, de 15 enero.

comunitarias sobre la conciliación, de la cual se defiende que uno de sus objetivos estratégicos debe ser el de conseguir que las mujeres obtengan y ostenten una mayor independencia y que las medidas de conciliación han de dirigirse al fortalecimiento de la igualdad¹⁴. Además, y desde otro punto de vista, la propia realidad social ha propiciado que las decisiones públicas se individualicen en las personas y se las considere menos como miembros de una unidad familiar. La individualización de derechos también ha constituido una lucha clásica del pensamiento feminista y, poco a poco, las políticas comunitarias –entre ellas, y casi como punta de lanza, la del empleo– la ha asumido, a la vista, entre otras circunstancias, de presiones demográficas y de nuevos modelos de agrupamientos personales¹⁵.

No puede dejar de apuntarse la dimensión demográfica en un asunto de esta naturaleza. Las tensiones al respecto son varias. En primer lugar, la evidencia relativa al envejecimiento de la población y al descenso de la tasa de natalidad y de fertilidad de las mujeres. Detrás de estas tendencias, los debates son varios, fundamentalmente los siguientes: el incremento de la necesidad de cuidado de personas dependientes, que debe afrontarse mediante mecanismos más formales mejor que a través de los clásicos modelos del cuidador –de la cuidadora– informal. La necesidad de mejorar las *ratios* de natalidad, a cuyo servicio las medidas públicas deben generar escenarios más favorables a que se asuma la maternidad y la paternidad y que no se difiera excesivamente. Y la urgencia de rejuvenecer una sociedad para garantizar, en todos los ámbitos públicos y privados, la solidaridad intergeneracional. Para todos estos grandes objetivos, resulta obvio que los retos de la conciliación resultan de primera importancia. Hay mucha evidencia empírica de que las tasas de fertilidad son mucho menores en los Estados en los que se producen peores equilibrios entre la vida profesional y familiar. Y, de paso, mucha convicción de que hay una relación directa entre mayor empleo femenino y mayor fertilidad¹⁶. Como no podía ser de otro modo, las instituciones comunitarias conciben la política de conciliación desde la perspectiva demográfica como un punto de vista muy sensible¹⁷.

Y tampoco puede dejar de aludirse a la técnica del *mainstreaming*. Su recepción por la Comunidad Europea a partir de su difusión tras la Cumbre de Pekín de 1995, hasta el punto de ser asumida como herramienta política al más alto nivel por el art. 3.2 del Tratado de Roma, obliga a tomarla siempre en consideración. Si a la igualdad y a la no discriminación por género ninguna

¹⁴ “A better work–life balance...”, cit., pp. 9 y 13.

¹⁵ Sobre esta individualización, Lewis, J., Knijn, T, Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, p. 274.

¹⁶ Al respecto puede consultarse mi estudio *La conciliación...*, cit., pp. 21 ss.

¹⁷ León, M. *op. cit.*, p. 206.

acción comunitaria le es ajena, sólo por eso la conciliación tendría una perspectiva de género indudable. Pero para ella los efectos diferenciados en uno y otro sexo resultan muy evidentes. El impacto de género exige considerar de forma muy prioritaria la materia como un asunto de igualdad. Se trata de una exigencia jurídica, de modo que es lícito darle todo el protagonismo.

2. EN TORNO AL PERMISO PARENTAL

Como es de sobra conocido, se trata de las instituciones juridificadas a nivel comunitario en relación con la conciliación de la vida privada y laboral. O, cuando menos, las únicas que cuentan con un instrumento de regulación tradicional, la Directiva 96/34/CE, de 3 junio 1996, del Consejo relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental¹⁸. No se trata aquí más que de glosar su contenido y de recordar que les reconoce a los dos progenitores un derecho individual de tres meses para hacerse cargo de sus hijos hasta una edad máxima de éstos de ocho años, cuyo disfrute o solicitud debe contar con una garantía reforzada frente al despido de respuesta por parte del empresario. El permiso genera un derecho de reserva del mismo puesto de trabajo o, al menos, de un trabajo equivalente y, durante su disfrute, se conservan los derechos adquiridos y en vías de adquisición. Y, asimismo, se reconoce un derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora.

En realidad, ese es todo su contenido imperativo. A partir de ahí, se contiene alguna recomendación no vinculante: que el permiso parental debe concederse, en principio, de manera no transferible. Y se remiten a las legislaciones internas o a los acuerdos entre los interlocutores sociales a nivel estatal una serie de decisiones concretas: a) el disfrute del permiso en jornada completa, parcial, de forma fragmentada o mediante un sistema de crédito de horas; b) la exigibilidad o no de un período previo de servicios o de una antigüedad para reconocer el derecho; c) el ajuste del permiso a las condiciones particulares de la adopción, d) el establecimiento de los plazos de preaviso pertinentes, con precisión de la fecha de inicio y término del mismo, e) la previsión de circunstancias mediando las cuales la empresa puede posponer la concesión del permiso por motivos justificables relacionados con el funciona-

¹⁸ Sobre ella, más en extenso, Hardy, S. y Adnett, N., *The Parental Leave Directive: Towards a family-friendly social europe?*, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 8, nº 2, 2002, pp. 157 ss.

miento de la empresa, y f) la autorización de acuerdos particulares para atender a las necesidades de funcionamiento de las pequeñas empresas.

Desde la perspectiva de fuente del derecho, la Directiva del permiso parental es un documento singular y notable. Sobre todo, porque constituye uno de los primeros ejemplos de acuerdos celebrados y suscritos entre los interlocutores sociales comunitarios elevados a rango de Directiva por decisión del Consejo. Este carácter negociado explica, desde luego, alguna de las insatisfacciones más evidentes que lleva consigo, a la vista de su muy escaso bagaje imperativo y su única atención al permiso de crianza de hijos. Es evidente que hay muchos elementos que ponen de manifiesto una especie de “victoria” de la parte empresarial, cuyas tesis prevalecieron sobre la parte sindical. Puede destacarse el muy simbólico de no contemplarse una remuneración mínima para la persona que disfrute el permiso de crianza¹⁹.

Ello no obstante, su condición de acuerdo comunitario tiene una vertiente de particular interés, porque probablemente promueva cambios de actitudes en el plano colectivo mayores que si se optara por el procedimiento tradicional de aprobación de Directivas. Comoquiera que la Comisión concede a las partes sociales un importante grado de iniciativa, las implica en el desarrollo de las políticas sociales relativas a la conciliación de la vida familiar y laboral. Desde este punto de vista, habría que valorar que quizá la autonomía colectiva pudiera ser más permeable a la penetración de estos tópicos desde el punto de vista de que el instrumento comunitario de carácter vinculante es, a la postre, obra suya.

Ahora bien, en la práctica, la Directiva funciona casi como si se tratara de un instrumento de *soft law*, a causa del muy escaso umbral de disposiciones imperativas de que consta. Pero también, desde el punto de vista de que reconoce varias alternativas a los Estados y a las partes sociales en el nivel interno para que adopten con un amplio margen de maniobra sus propias decisiones. Puede considerarse, en este sentido, como una directiva “moderna”, pues escapa en parte del debate actual entre la prevalencia de instrumentos de *hard* o de *soft law*. A medio camino entre ambos, y pese a ser formalmente un instrumento vinculante, se comporta como una herramienta admonitoria²⁰.

Con toda seguridad, en la práctica la Directiva recogía el mínimo común múltiplo. Había, por aquellos años, una serie de acontecimientos de interés que propiciaban esta evidente “prudencia” en los mandatos del derecho derivado.

¹⁹ En este sentido, Lewis, J., *Work/family reconciliation, equal opportunities,...*, cit., pp. 431-2.

²⁰ Sobre estas directivas que ofrecen alternativas variadas, vg., Trubeck, D.M. y Trubeck, L.G., *Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the Open Method of Coordination*, *European Law Journal*, vol. 11, nº 3, pp. 359 ss.

Entre otros, la ausencia del Reino Unido del desarrollo de las políticas sociales comunitarias, en la medida en la que la Directiva se había aprobado bajo el paraguas del Acuerdo de Política Social del Tratado de Maastricht. O la incorporación demasiado reciente del Reino de Suecia, que no participó directamente en la confección de la norma comunitaria. En la práctica, el ingreso de este país fue muy determinante para que las prácticas de otros Estados miembros progresaran, en lo que concierne al permiso parental, hacia sistemas de disfrute obligatorio por parte del padre y con prestaciones de Seguridad Social suficientes²¹. O el influjo de los Estados mediterráneos del Sur de Europa, con falta de tradición normativa sobre estos asuntos y con unos modelos sociales poco proclives a que los padres asumieran su papel de cuidadores familiares. En este contexto, es lógico pensar que la Directiva se concibió fundamentalmente –al menos, por gran parte de sus actores– como una herramienta de la política familiar más que como un instrumento de igualdad entre mujeres y hombres. La tendencia a considerar el permiso parental en relación con el bienestar de la familia más que con el derecho a la igualdad de las mujeres ha sido, desde luego, muy evidente, como ya se ha argumentado, por más que haya contradicho todas las demandas y valoraciones del pensamiento feminista. Porque, ciertamente, con la Directiva se trataba fundamentalmente de aportar la flexibilidad necesaria a las personas trabajadoras y menos de reforzar el principio de igualdad.

Dicho lo cual, es curioso observar que las políticas comunitarias más recientes, pese a no estar sustentado en normativa imperativa de política social, prefieren o insisten más en el recurso a servicios de cuidado de niños que en el reconocimiento de permisos de crianza. Por ahora, baste decir al respecto que el permiso parental, desde la perspectiva del empleo, constituye una técnica ambivalente. De un lado, es claro que liga a las personas trabajadoras –y a las mujeres, como población más afectada– al mercado de trabajo y a la conservación de sus relaciones de empleo, en la medida en la que les permite compatibilizar la crianza de hijos con la permanencia en las entidades productivas a las que pertenecen. Pero, desde otra perspectiva, tampoco ofrece grandes dudas su carácter desprofesionalizador y su condición de freno a las expectativas profesionales y de promoción para quienes se acogen a ellos. Es verdad que cabe su disfrute a tiempo parcial, fraccionado o como crédito de horas, pero implica una técnica de alejamiento material del trabajo diario. Especialmente cuando los permisos alcanzan una prolongada extensión temporal, y, aunque cuenten con una cobertura suficiente por parte del sistema de Seguridad Social, implican

²¹ Así lo reconoce Stratigaki, M., *op. cit.*, pp. 45–6.

importantes distorsiones laborales²². Es evidente que la mujer, al acogerse a estas instituciones, pierde experiencia y oportunidades para mejorar en su trayectoria laboral. Y, peor aún, en el caso de que la protección social por parte del sistema público –o, en su caso, por parte de los niveles profesionales de Seguridad Social– sea insuficiente o nula, se fomenta más el modelo de padre como aportador de rentas a la unidad familiar y de la madre como cuidadora de la familia y del hogar²³.

Con estas consideraciones, los retos al respecto son claros. La Comisión Europea, al menos en su retórica documental, alude a la necesidad de “compartir los costes de la maternidad y del permiso parental”²⁴. Se trata, al menos sobre el papel, de toda una declaración de intenciones y un compromiso de volver los ojos hacia el reparto de tareas. En este sentido, la conciliación implica, desde dicha declaración de intenciones, un asunto en el que debe prestarse especial atención a la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en el espacio familiar. En este contexto, las recetas pueden ser algunas bien conocidas, fundadas en particular en reforzar el principio de no transmisibilidad de los permisos y de reserva de cuota para el padre. Y más en general, como quiere la Comisión, introducir incentivos para que los padres puedan acogerse al permiso parental²⁵. En relación con la protección de Seguridad Social, se trata de guardar un difícil equilibrio entre, de un lado, una ausencia de cobertura o un nivel irrisorio de la misma, que equivale a fomentar y reforzar el papel fundamental del padre como sustento económico de la familia y el de la madre como pilar del trabajo de cuidado y doméstico, y, de otro, una protección excesiva que disuada a la persona beneficiaria del permiso de reincorporarse, o de hacerlo a su debido tiempo, a su puesto de trabajo. Parece que unas políticas públicas adecuadas deben incentivar que quienes toman el permiso parental vuelvan al trabajo sin excesiva demora²⁶.

Al respecto de la protección de Seguridad Social, se plantea una duda de importancia, relativa a si los sistemas de protección deben propiciar la figura del cuidador informal o si acaso sería más adecuado optar por un sistema que fomente la contratación de cuidadores formales²⁷. Cuando se haga referencia a las tendencias en la República de Francia, se van a observar claramente estas tensiones, no totalmente resueltas.

²² Sobre estas valoraciones, Lewis, J., Knijn, T, Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, p. 263.

²³ León, M., *op. cit.*, p. 203.

²⁴ *A better work–life balance...*, cit., p. 4.

²⁵ *Ibid.*, p. 5.

²⁶ Así lo defienden Lewis, J., Knijn, T, Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, p. 277.

²⁷ Al respecto, León, M., *op. cit.*, p. 204.

Por último, merece destacarse un punto de atención al que hace referencia la Comisión Europea y que representa, desde luego, un reto nuevo e insuficientemente explorado en las políticas de conciliación. Se refiere a la exigencia de desarrollarlas, hasta donde sea posible, en el ámbito del trabajo autónomo.

3. CUIDADO DE MENORES

Desde el punto de vista de la organización y de las políticas públicas, es claro que los servicios de cuidado de niños suponen una mayor dosis de implicación por parte de los gobiernos y de las autoridades regionales y locales. Resulta mucho más sencillo reconocer un permiso parental, o incluso ligarlo a una prestación pública, que organizar unas instituciones de cuidado suficientes y de calidad. Pero también hay evidencia suficiente de que los efectos de su implantación son más fuertes que los de otras políticas de conciliación. Muy en particular, ha sido suficientemente documentada la relación entre unos servicios solventes y un incremento muy significativo del empleo femenino²⁸.

Ello no obstante, la aproximación del ordenamiento comunitario a ellos difiere radicalmente de la que ha seguido en relación con el permiso parental. En este ámbito no existe normativa vinculante, sino que se ha seguido una aproximación característica de *soft law*, a través del establecimiento de objetivos, la identificación de buenas prácticas y el seguimiento de los objetivos planteados. Ahora bien, puede detectarse cierta preferencia, en el ámbito comunitario, hacia los servicios de cuidado por encima de los permisos parentales como herramienta más adecuada y útil en el diseño de las políticas de conciliación de vida privada y laboral, lo cual, desde luego, resulta paradójico a la vista de la inexistencia de iniciativas en el marco del método normativo tradicional. En cualquier caso, entre la doctrina hay un consenso bastante sólido sobre la preferencia de una red de atención por encima de un entramado de permisos parentales²⁹.

No cabe duda de que los servicios de cuidado de niños cuentan con virtudes adicionales, de las que carecen otras instituciones y derechos. Básicamente, que propicia la integración social, tanto desde la perspectiva de los niños como desde la de las madres trabajadoras. En cuanto a éstas, la existencia de los mismos, ya de titularidad pública, ya sostenidos públicamente, les permite salir de los círculos viciosos, de tal modo que trabajar pueda merecerles la pena. En este sentido, como se va a ver, constituyen una herramienta fundamental en la

²⁸ *Ibid.*, 203.

²⁹ Por todos, Lewis, J., *Work/family reconciliation...*, *op. cit.*, p. 434.

Estrategia Europea de Empleo y en la consecución de un mercado de trabajo más inclusivo.

En efecto, en el Consejo de Barcelona de 2002 se fijaron objetivos cuantitativos: para el año 2010, los Estados miembros deberían proveer plazas de cuidado para al menos el 90 por 100 de los niños entre los tres años de edad y la edad de escolaridad obligatoria, y para como mínimo el 33 por 100 de los niños por debajo de los tres años. No obstante, y pese a que la Comisión reconozca que tales objetivos han pasado a ser una parte integral fundamental de la Estrategia Europea de Empleo, lo cierto es que una vasta mayoría de los Estados miembros no se encuentran en proceso de cumplirlos, muy en particular en el caso de niños por debajo de tres años. Y también que, cuando los servicios existen, su provisión se realiza a muy alto coste para los usuarios o en unas franjas horarias especialmente inadecuadas para el trabajo a tiempo completo o para determinadas formas de trabajo atípico³⁰. Con todo, probablemente la mayor laguna en esta materia venga constituida por la falta de diseño de objetivos cualitativos y por la deficiente puesta en marcha de sistemas de identificación de buenas prácticas *–benchmarking–* que puedan servir de modelo o de inspiración.

4. UN APUNTE SOBRE LA FLEXIBILIDAD EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Se trata, sin duda, del tercer vértice del triángulo de la conciliación, una vez comentados los permisos parentales y los servicios de cuidado. En realidad, en torno a este tema ha tenido un lugar especialmente protagonista todo lo que tiene que ver con el tiempo de trabajo, en detrimento de otras cuestiones acaso menos visibles. Entre ellas, la Comisión Europea insiste bastante en las posibilidades del teletrabajo como herramienta al servicio de la conciliación de vida privada y laboral³¹. Y es verdad que el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo de 2002, tanto en sus consideraciones generales como en su clausulado, hacen referencia a las potencialidades de esta forma de trabajar para compaginar la vida profesional y la privada. Sin descuidar los riesgos y los retos que lleva implícitos.

En realidad, no se trata sino de un ejemplo más de que existe cierta tendencia a confinar en el trabajo atípico gran parte de las soluciones a los retos de la conciliación. Como ejemplo más evidente, debe destacarse cómo el gran

³⁰ *A better work–life balance...*, cit., pp. 7–8.

³¹ *Ibid.*, p. 6.

protagonismo en esta materia se lo lleva sin duda el empleo a tiempo parcial, auténtico vivero del empleo femenino en algunos de los Estados comunitarios, como es el caso más evidente del Reino de Holanda. En el fondo, se trata de promocionar el modelo del aportador de rentas y medio en la unidad familiar o, si se prefiere, del “trabajo bonito para la mujer bonita”³². Sin cuestionar en absoluto el reparto de tareas, se trata de integrar una modalidad de trabajo *ad hoc* a las personas portadoras de las obligaciones familiares.

Desde la perspectiva de los modelos más flexibles de organización del tiempo de trabajo, la conciliación ha contado más bien poco. Como muestra, debe recordarse que, en su versión originaria, la Directiva de tiempo de trabajo, la 93/104/CE, no se ocupó en absoluto de esta materia. Lo cual bien pudiera justificarse por los años en los cuales se tramita ante los órganos comunitarios. Pero tampoco en la reforma de 2000 (Directiva 2000/34/CE) se tuvo en cuenta, en unos años en los que la conciliación, dentro del ámbito de la Estrategia Europea de Empleo, ya había alcanzado cierto grado de consideración. Y, por supuesto, en la refundición de 2003 las cosas no cambian (Directiva 2003/88/CE). De tal modo que debe concluirse que un tema tan crucial como el tiempo de trabajo se ha legislado en el ámbito comunitario de espaldas al balance entre vida personal y laboral. Es verdad que, con ocasión de la reforma de la Directiva cuyo proceso se frustró en otoño de 2008, se introdujo la retórica de la flexibilidad a favor de la parte trabajadora, pero sin ninguna consecuencia concreta en el ámbito regulativo, sólo para introducir mayores grados de flexibilidad en interés de la parte empresarial. Y bien podría afirmarse que la Directiva de tiempo de trabajo no es sino una norma de seguridad y salud en el trabajo, pero ello no responde en absoluto a la realidad, en la medida en que es especialmente sensible a las demandas de las empresas para que puedan adecuar la regulación del tiempo de trabajo a sus necesidades³³.

Ahora bien, una cosa es que la regulación general de la jornada tenga en cuenta mucho o poco la necesidad de atender a las obligaciones familiares y otra muy distinta que una determinada normativa produzca unas consecuencias u otras en la organización de la vida extralaboral de las personas. Como muestra de esta afirmación, alguna autora ha puesto el ejemplo del ordenamiento francés, cuyo establecimiento de una jornada máxima de 35 horas durante el

³² Me sugiere esta imagen la lectura de Morris, D., “Volunteering: a nice Little job for a woman?”, en VV.AA., *Feminist perspectives on Employment Law*, Cavendish Publishing Ltd. (London, 1999) pp. 113 ss.

³³ Sobre este tema, Cabeza Pereiro, J., “Las fuentes reguladoras de la jornada de trabajo”, en VV.AA. (coords. Aparicio Tovar, J. y López Gandía, J), *Tiempo de trabajo*, Bomarzo (Albacete, 2008).

gobierno de Lionel Jospin constituyó un hito con efectos muy positivos en las posibilidades de organización de la vida personal. Tanto es así que se ha identificado esta normativa como una de las causas desencadenantes del escaso éxito del contrato a tiempo parcial en este Estado comunitario³⁴.

Y, desde otra perspectiva, antes he apuntado que acaso la configuración de la Directiva sobre el permiso parental como un acuerdo comunitario produjera una mayor implicación de las partes sociales en su aplicación y un posible mayor juego de la autonomía colectiva en la materia. Otro tanto habría que decir de una condición laboral –el tiempo de trabajo– tan proclive a regularse por convenio. Aunque el panorama general al respecto dista de ser muy satisfactorio, debe reconocerse que existen no pocos buenos ejemplos en las distintas realidades de los Estados miembros³⁵.

5. EN CONCRETO, SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LA POLÍTICA DE EMPLEO

Como ya se ha apuntado, es sin duda la política de empleo el espacio en el que, con mayor fecundidad, se ha desarrollado a lo largo de los últimos años el tópico de la conciliación de la vida privada y laboral, en relación con el empleo femenino y el objetivo de alcanzar el 60 por 100 de tasa de actividad de las mujeres para el año 2010. No cabe duda de que ampliar la presencia de la mujer en el mercado de trabajo es un objetivo que requiere un incremento de las políticas que faciliten la conciliación entre la vida privada y laboral. En este sentido, los órganos comunitarios manifiestan, con poco pudor, que ese es el sistema social establecido, uno en el que la mujer sólo puede trabajar con determinadas condiciones, porque cuenta con una barrera de la que carece el hombre, cual es la necesidad de atender a la vez a obligaciones laborales y extralaborales. No hace falta volver a insistir en que, por desgracia, la práctica comunitaria, en líneas generales, no se muestra excesivamente combativa con este reparto sexista del trabajo. Sólo el reto de mejorar el mercado de trabajo produce que la Comisión Europea asuma un compromiso activo a favor de las políticas de conciliación. O, si se prefiere, no ha pretendido luchar contra el *status quo* establecido. Tan sólo los grandes objetivos de política económica la han vuelto más sensible hacia este asunto. Desde luego, así lo expresa con

³⁴ Lewis, J., Knijn, T., Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, p. 277.

³⁵ Una descripción de muchos de ellos en *Reconciliation of work and family life and collective bargaining in the European Union*, European Foundation for the improvement of living and working conditions, 2006.

rotunda claridad, cuando insiste en que las políticas de conciliación se circunscriben en el objetivo general de atraer a más personas al mercado de trabajo. Todo ello, a partir muy en especial del informe Kok³⁶, que hace hincapié en la necesidad de incrementar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. A cuyo fin es perentorio aumentar el acceso y la calidad de los servicios de cuidado de niños y personas mayores y atender a las necesidades de las mujeres desfavorecidas³⁷.

Es curioso comprobar que, al final, ha sido el Tratado de Ámsterdam el que, por motivos diversos, ha acabado de integrar la conciliación como una política comunitaria importante. Primero, por la vía de incorporar el Acuerdo de Política Social al Tratado. Y segundo, y mucho más importante, a través del Título VIII, del cual surge la posterior Estrategia de Luxemburgo y de Lisboa. Puede concluirse, pues, que dicha política sólo ha obtenido centralidad cuando ha sido prolijada por la más amplia de empleo. Ha sucedido, en este sentido, un fenómeno de coaptación de la misma, que deja de ser fundamentalmente una política familiar, y mucho menos una de igualdad, para convertirse, de modo muy desnudo, en una de empleo³⁸. La lógica ya no es la de redistribuir tareas, sino la de generar empleo. En este sentido, la mujer se identifica como un colectivo cuya presencia hay que atraer al mercado de trabajo. La política de empleo quiere y debe utilizar un lenguaje neutro en relación con el hombre y la mujer, en el que se destaque que, independientemente de su sexo, son ciudadanos³⁹. Pero ello no impide destacar algunas necesidades específicas que pueden producir un mercado laboral más acogedor para el sexo femenino.

Es más, desde la lógica del empleo, la conciliación ha trascendido fuertemente a la de la flexiseguridad. Desde un mercado de trabajo inclusivo, en el que la flexibilidad necesaria para la empresa vaya acompañada de la flexibilidad necesaria para las personas y de la mínima seguridad como para que puedan progresar en sus vidas y en sus carreras profesionales, la conciliación pasa a ocupar un lugar muy prioritario. Se trata, desde luego, de la existencia de un entramado institucional de una calidad suficiente que sea proveedor de servicios de cuidado y ayuda a niños y a personas dependientes. Pero también de unas prestaciones sociales derivadas del permiso parental suficientes como para que las personas puedan, dentro de un mercado de trabajo transicional,

³⁶ *Jobs, jobs and jobs. Creating more employment in Europe*, noviembre 2003.

³⁷ Sobre este informe, más en general, Cabeza Pereiro, J., "Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo", *XVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2007) pp. 50 ss.

³⁸ Stratigaki, M., *op. cit.*, p. 38.

³⁹ Lewis, *Work/family reconciliation...*, *op. cit.*, p. 428.

pasar del trabajo retribuido a las labores de cuidado y viceversa sin que ello les acarree costes económicos excesivos ni tampoco perjuicios fuertes en el desarrollo de sus carreras profesionales⁴⁰. En términos generales, resulta muy fácil de apreciar que las mujeres, a la hora de encontrar empleo y desarrollar sus carreras laborales, dependen en mayor medida que los hombres de que haya un entramado de servicios de empleo de calidad que provea recursos suficientes. Y también es fácil constatar que la eficacia de dichos servicios es menor para las mujeres que para los hombres, salvo que se tengan en cuenta las prestaciones familiares, tanto económicas como en especie⁴¹.

Con todo, y como elemento de conciliación al que se hará una somera referencia, debe reconocerse que, también desde el punto de vista de la política de empleo, la mujer se encuentra atrapada en el mercado de trabajo secundario, esto es, el que se caracteriza por desarrollarse a tiempo parcial, en condiciones particularmente flexibles, con menores derechos laborales y de Seguridad Social y en el entorno de lo que se llama en conjunto el trabajo atípico⁴². Bien es verdad que, en este sentido, la Comisión Europea asume esta distorsión, cuando reconoce que, a partir de la Estrategia de Lisboa del año 2000, el trabajo femenino ha mejorado más desde una perspectiva cuantitativa, pero mucho menos desde un punto de vista cualitativo⁴³. En esta senda, no cabe duda de que todas las políticas de permiso parental y de servicios de cuidado, así como las de flexibilidad del tiempo de trabajo en beneficio de las personas trabajadoras, forman parte de los que cabe denominar elementos cualitativos del empleo⁴⁴.

Con todo, y pese a que la retórica de la Comisión se empeñe en negarlo, es como si en los últimos años el tema pierda cierto protagonismo, también en el ámbito del empleo. Como ejemplo más elocuente, cabe recordar que, en la versión inicial de los cuatro pilares de la Estrategia de Luxemburgo a partir de 1997, uno de ellos era el de la igualdad, en cuyo seno se albergaban de forma bastante natural las políticas conciliatorias. Sin embargo, y tras las vicisitudes conocidas en el ámbito de los Consejos de Primavera, a lo largo de las cuales el diseño de los pilares dentro de la interlocución entre la Comisión y los

⁴⁰ Sobre este tema, Lotte Hansen, "From flexicurity to flexicarity? Gendered perspectives on the Danish model", *Journal of Social Sciences*, 3 (2), 2007, pp. 90-1.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Stratigaki, M., *op. cit.*, p. 45

⁴³ *A better work-life balance...*, cit., p. 3: Sobre los aspectos cualitativos de la Estrategia Europea de Empleo, Davoine, L. y Erhel, C., *Monitoring employment quality in Europe: European Employment Strategy indicators and beyond*, Document de Travail n° 66, julio 2006, Centre d'Etudes de L'Emploi.

⁴⁴ Así lo reconoce Lewis, J., *Work/family reconciliation...*, *op. cit.*, p. 434.

Estados Miembros ha variado considerablemente⁴⁵, a partir de 2005 el pilar igualdad desaparece como tal. Se sigue la lógica –indudablemente más realista– de integrar las directrices generales de política económica y las de empleo. Éstas, que sólo habrán de ser objeto de una revisión exhaustiva con carácter trianual, se reducen a ocho⁴⁶, ninguna de las cuales hace referencia explícita a cuestiones de género o de conciliación, sin perjuicio de que este tópico pueda reconducirse a varias de ellas.

6. UN BREVE COMENTARIO DE TENDENCIAS LEGISLATIVAS

No se trata ahora de describir sistemáticamente las normas jurídicas de varios Estados europeos⁴⁷. Se trata de un ejercicio difícil y además sometido a un importante grado de cambio. Pero sí de marcar algunas orientaciones y algunas líneas de tendencia. En general, las reglas fundamentales de los modelos escandinavos han inspirado ciertas reformas, como es el caso más evidente de la República Federal de Alemania, donde se ha desarrollado la idea de permisos no transferibles, con cuota de reserva al padre y con una protección social que pugna por superar el tradicional modelo del padre como sostenedor económico de la familia. Pero, al mismo tiempo, con la inspiración evidente de la Estrategia Europea para el empleo, se han instrumentalizado estas políticas a favor de la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. A tal fin, se incentiva de forma muy consciente el retorno temprano de las personas que disfrutaban de un permiso parental a sus empleos y se incrementa el entramado de guarderías y de otros servicios de atención a los niños, con particular atención a la franja de edad por debajo de los tres años. Se procura, en síntesis, que resulte más fácil la crianza de hijos simultánea con el trabajo. Lo cual, evidentemente, tiene una dimensión de política de fomento de la natalidad.

En el caso de la República de Francia, las políticas familiares, tradicionalmente enfocadas hacia servicios de guardería y prestaciones de Seguridad Social, han servido en la práctica para sostener a las mujeres en su doble papel de mujeres y de madres. A través de los últimos años se ha asistido a una serie de tensiones en las que, en general, y pese al mantenimiento de una notable red

⁴⁵ Sobre este tema, en general, Ashiagbor, D., *The European Employment Strategy. Labour Market regulation and new governance*, Oxford University Press (Oxford, 2005).

⁴⁶ Un enunciado comentado de las mismas en Cabeza Pereiro, J., *Estrategia Europea...*, cit., pp. 55–6.

⁴⁷ Una tentativa en este sentido, hoy ya desactualizada, en Cabeza Pereiro, J., *La conciliación...*, cit., pp. 21 ss.

de guarderías, se han desarrollado en mayor medida los subsidios para dar cobertura a la crianza de hijos, ya sea a través de sistemas de cuidado informal, ya sea para la contratación de empleo doméstico en el marco de los trabajos de proximidad. Lo cual se desliza hacia un sistema en el que se les concede a las madres una opción entre cuidar de sus hijos o trabajar, a través de políticas conscientes que en algunas ocasiones han pretendido apartar a las mujeres del mercado de trabajo como herramienta para combatir las altas tasas de desempleo. Máxime en el marco de un sistema en el que en absoluto se ha incentivado que los padres se tomen permisos parentales⁴⁸.

En cuanto al sistema español, las últimas orientaciones legislativas se han centrado fundamentalmente, por lo que al permiso parental se refiere, en generar un derecho de paternidad de breve duración –inicialmente quince días, con carácter general, ampliado recientemente a las cuatro semanas⁴⁹–, pero con el mantenimiento de excedencias y reducciones de jornada de muy larga duración y no protegidas por el sistema de Seguridad Social, con las consiguientes distorsiones que ello produce. Aunque debe reconocerse que la legislación reciente –en particular la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo– insiste en la retórica de la corresponsabilidad de los hombres en las tareas de cuidado. Sí que se ha aprobado una ambiciosa ley, la de dependencia –Ley 39/2006– que pretende dar relieve público y soporte de todo tipo al cuidado de personas dependientes. Desde el ámbito de las Comunidades Autónomas, por otra parte, se están lanzando objetivos más o menos ambiciosos de dotación de plazas de guarderías para niños por debajo de los tres años de edad, con resultados desiguales.

En términos generales se divisan, pues, tendencias contradictorias entre ellas. Quizá, como reflexión final, deban plantearse dos debates paralelos. El primero, sobre qué valores se persiguen y con qué prelación en el diseño de las políticas de conciliación. Tal vez –¡ojalá!– el reto de la igualdad de un reparto de tareas no sexista entre hombres y mujeres. Probablemente, objetivos de protección de la familia como unidad económica y de convivencia. También, un incremento de la natalidad, así como una respuesta al envejecimiento de la población y a la necesidad de proveer mecanismos e instituciones de cuidado de las personas dependientes. Igualmente, una política de empleo inclusiva en

⁴⁸ Una descripción algo más sistemática de estas realidades, y de algún ordenamiento más, en Lewis, J., Knijn, T., Martin, C. y Ostner, I., *op. cit.*, pp. 261 ss.

⁴⁹ Ley 9/2009, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre).

la que las mujeres tengan cabida, ya sea en pie de igualdad, como personas adultas trabajadoras, ya como titulares de empleos secundarios que produzcan ingresos complementarios.

Y el segundo sobre los instrumentos que deben emplearse. Debate que depende de la respuesta que se dé para el anterior. En estas páginas se ha puesto de manifiesto que en la actualidad existen pocas dudas sobre las virtudes de un sistema de servicios públicos de calidad y suficientes. Sin que con ello hayan de menospreciarse las políticas de reconocimiento de permisos de crianza con adecuado soporte por parte del sistema de protección social. En el bien entendido de que los mismos producen consecuencias evidentes de desprofesionalización y postergación de las personas que se acogen a ellos. Y también ostenta un notable interés la posibilidad de flexibilizar las condiciones de trabajo para adaptarlas a las necesidades privadas de las personas. Pero bajo el riesgo evidente de que se genere un *gueto* de empleos atípicos y de nulo reconocimiento social.

LOS PLANES DE ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Empleo Público, Estabilidad, Temporalidad

Tras un primer acercamiento a la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público referida a la planificación estratégica de los recursos humanos en las Administraciones Públicas, el estudio aborda los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público. La alta temporalidad en las Administraciones Públicas está siendo abordada, de manera indirecta, mediante intervenciones judiciales y legales orientadas a la restricción del uso de la contratación laboral temporal y, de manera directa, a través de los planes de empleo con amparo en la habilitación legal contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público. El estudio se detiene en el análisis de los requisitos establecidos en dicha norma y en su régimen aplicativo, prestando particular atención a las reglas sobre procesos selectivos y los condicionantes y límites introducidos por la jurisprudencia constitucional y ordinaria al respecto.

ABSTRACT

Key Words: Public Employment, Work stability, Temporality

After making a first approach to The Basic Statute of Public Employees referred to the strategic planning of human resources in Public Administration, the present study is focused on the employment plans as a public employment consolidation tool. The increasing public employment temporality in the Public Administration is being tackled indirectly through judicial and legal interventions oriented to cut back temporary jobs, and indirectly through the employment plans under the legal rules of the Basic Statute of Public Employees. The study analyses those established requisites in such legislative framework and applied law, giving special attention to the rules on selective processes and determining factors under the constitutional ordinary jurisprudence.

ÍNDICE

1. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LOS PLANES DE EMPLEO
 - 1.1. El marco jurídico de los planes de empleo en el Estatuto Básico del Empleado Público
 - 1.2. Los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público
2. LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL DE CARÁCTER ESTRUCTURAL
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. La disposición transitoria 4ª EBEP y su aplicación en los procesos de consolidación del empleo temporal
3. LOS REQUISITOS QUE HABILITAN LA UTILIZACIÓN DE LA DT 4ª EBEP EN LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL
 - 3.1. Justificación excepcional de los procesos de consolidación de empleo
 - 3.2. Carácter estructural de los puestos a cubrir
 - 3.2.1. Marco competencial y cuadro financiero del carácter estructural
 - 3.2.2. Justificación del carácter estructural de las plazas
 - 3.3. Dotación presupuestaria de los puestos de trabajo e inclusión en la correspondiente OEP
 - 3.4. Prestación de servicios por el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo con anterioridad al 1 de enero de 2005
4. EL RÉGIMEN APLICATIVO DE LA DT 4ª EBEP
 - 4.1. Objeto del plan de consolidación del empleo y reglas de procedimiento
 - 4.2. Reglas sobre los procesos de selección
 - 4.3. La consideración de la antigüedad o la experiencia en el puesto como méritos y su compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público

1. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LOS PLANES DE EMPLEO

1.1. El marco jurídico de los planes de empleo en el Estatuto Básico del Empleado Público

Se ha llegado a decir que en nuestras organizaciones públicas se hace muy poca política de recursos humanos, algo de gestión y mucho de administración de personal¹. De hecho, el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público* (abril, 2005) destaca que la planificación estratégica de los recursos humanos es una de las grandes debilidades de la gestión de las AAPP. Respondiendo a esta crítica, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) fija como uno de sus objetivos la eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos (art. 1.3 f). Estos obje-

¹ Cfr. Jiménez Asenjo, “*Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*”, en Del Rey (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág. 57.

tivos se plasman en la regulación que el EBEP dedica en su Título V a la “*Ordenación de la actividad profesional*”.

El Capítulo I del Título V se centra en la “*planificación de recursos humanos*” (arts. 69 a 71). De una parte, se recogen los objetivos de la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas y, de otro, se identifican los principales instrumentos de planificación. Concretamente el art. 69.1 EBEP recoge como objetivos de la planificación la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. El objetivo es, pues, el de la eficiencia en la gestión de los recursos humanos y su coherencia con los objetivos y finalidades de la organización administrativa general. Los principales instrumentos de planificación se identifican en el EBEP con los *Planes para la ordenación de sus recursos humanos*, la *Oferta de empleo público* y los *Registros de personal*.

En su Capítulo II, arts. 72 a 77, se abordan los instrumentos de estructuración del empleo público (como la Relación de puestos de trabajo –RPT–), estrechamente ligados a los anteriores. Dicho Capítulo comienza significativamente en su art. 72 con la afirmación de que la estructuración de los recursos humanos forma parte de las competencias de autoorganización de la Administración. Con ello se subrayan dos aspectos. De un lado, la autonomía de las distintas Administraciones territoriales en la planificación y gestión de sus recursos humanos. De otro lado, se destaca que, de la misma forma que en el ámbito privado, la organización del trabajo integra las potestades de los poderes directivos de la Administración como empresario ex art. 20 LET.

En particular, el art. 69.2 EBEP dispone que las Administraciones Públicas podrán aprobar “*Planes para la ordenación de sus recursos humanos*”, figura que viene a sustituir los denominados con anterioridad *Planes de Empleo*. Anteriormente, en efecto, con la intención de promover la planificación de los recursos humanos en las AAPP, la Ley 22/1993 procedió a la modificación del art. 18 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP), recogiendo la figura del *Plan de Empleo*. Posteriormente el art. 2 del RD 364/1995 establece un desarrollo más detallado de este instrumento de planificación para la AGE².

² Conforme a esta última norma, los *Planes de Empleo* podrían adoptar las modalidades de *Planes Integrales de Recursos Humanos* y *Planes Operativos de Recursos Humanos*. Los *Planes Integrales de Recursos Humanos* se definen como el instrumento básico de planificación global de éstos, y deben especificar los objetivos a conseguir en materia de personal, los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos, las medidas necesarias para transformar la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura

Los planes de ordenación de los recursos humanos, recogidos en el vigente art. 69.2 EBEP, constituyen normas de diagnóstico y de planificación de medidas ya contempladas por el ordenamiento jurídico para la ordenación de los recursos humanos. En este sentido el art. 72 EBEP recuerda que las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a las previsiones normativas del mismo EBEP.

Los planes de ordenación de los recursos humanos, como anteriormente los Planes de Empleo, constituyen por tanto un instrumento para diagnosticar las necesidades y dotaciones de personal, y los procesos de reestructuración de puestos de trabajo y de reasignación de efectivos, incluyendo medidas de formación y movilidad. Son instrumentos cuya elaboración es voluntaria para la AP y cuyos contenidos son flexibles, dejándose su concreción a la propia AP.

Sobre el procedimiento de elaboración no existen reglas específicas, aunque por sus posibles contenidos parece imponerse la activación previa del proceso de negociación colectiva, puesto que el art. 37.1 EBEP establece como objeto de negociación colectiva “*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*” (letra c) y “*los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos*” (letra m). El trámite de la negociación se impone igualmente porque dos de los instrumentos de ejecución de los Planes de Empleo, como son la Ofertas de empleo público (OEP) y la Relación de puestos de trabajo (RPT), también son objeto de negociación colectiva en el art. 37.1 EBEP (letra l y letra c respectivamente).

Como se ha indicado, los planes de ordenación de los recursos humanos son instrumentos de planificación que se limitan a prever medidas y actuaciones y que deben ejecutarse a través de las correspondientes previsiones normativas y procedimientos establecidos en el EBEP³:

de personal que se pretenda y las actuaciones necesarias al efecto, especialmente en materia de movilidad, formación y promoción. Los *Planes Operativos de Recursos Humanos* son instrumentos específicos para determinar las previsiones y medidas a adoptar sobre movilidad, redistribución de efectivos y asignación de puestos de trabajo.

³ Se ha indicado en este sentido que son “meras normas habilitadoras de la adopción de medidas ya previstas en el ordenamiento jurídico” como consecuencia del diagnóstico efectuado. Véase, Palomar Olmeda, “*Ordenación de la actividad profesional*”, en Sánchez Morón (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2008, pág. 441.

- en materia de movilidad (arts. 81 a 84 EBEP).
- de formación (con una diversidad de normas de referencia en el EBEP, como los arts. 14, g, 37.1 f, 37.2 f, 49 54.8, 69.2 d, 73.3, 89.4).
- de promoción (arts. 16 a 20 EBEP).
- de selección y provisión de puestos de trabajo (arts. 69 a 80 EBEP).

El mismo apartado 2º del art. 69.2 enumera de forma abierta una serie de contenidos de tales planes:

- a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos (art. 69.2 a EBEP)⁴.
- b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo (art. 69.2 b EBEP). Estas “previsiones” deben concretarse a través de la RPT (art. 74 EBEP), mediante su modificación⁵.
- c) Medidas de movilidad⁶.
- d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa (art. 69.2 d EBEP)⁷.
- e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la OEP (art. 69.2 e EBEP), conforme al art. 70 EBEP, que, como instrumento de planificación, sirve a la programación formal e inmediata en la oferta de empleo público⁸.

⁴ Se trata de valorar la adecuación entre las actividades y servicios de la AP, su estructura organizativa y los medios de personal. En concreto se trata de valorar si los medios personales son suficientes (valoración cuantitativa) y sus perfiles son adecuados (valoración cualitativa).

⁵ La RPT es un concepto clave en la ordenación del trabajo, ya que a través de él se concreta el derecho de los empleados públicos al desempeño de un puesto de trabajo, sirve a la identificación de funciones, tareas o responsabilidades y sirve para ordenar la selección, la formación y la movilidad (art. 73 EB). En relación con el personal laboral, este precepto debe ser completado con el art. 83 EB que dispone que la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.

⁶ Conforme a las reglas del art. 81 EB, cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, puede disponer la movilidad voluntaria o forzosa (art. 69.2 c EB). Entre las medidas de movilidad podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

⁷ En este sentido existen regulaciones específicas en los arts. 18 y 81.2 EB. Para el personal laboral el artículo 83 EB se remite al convenio colectivo aplicable.

⁸ Estamos ante un aspecto relevante para la efectividad de la planificación porque la planificación de recursos humanos es normalmente plurianual y la OEP es anual.

Las medidas recogidas en el art. 69.2 EBEP son meramente indicativas, de manera que no agotan el contenido posible de los planes de empleo, pudiendo extenderse por ejemplo a medidas de gestión flexible del tiempo de trabajo o de reestructuración de plantillas (como jubilaciones conforme a las previsiones del art. 67 EBEP).

La organización de los contenidos del plan es delicada porque los contenidos referidos forman parte del poder de autoorganización de la Administración, pero al mismo tiempo están condicionados por requerir una fundamentación en su ejercicio (movilidad –art. 81–) o por afectar a derechos individuales de los empleados públicos (el derecho al desempeño en un puesto de trabajo –art. 73.1–, el derecho a la promoción –art. 14.1 c–).

Por otro lado, como se deduce por tanto del art. 69.2 EBEP, la efectividad de los planes de empleo en la ordenación de los recursos humanos va a requerir su coordinación con otros instrumentos de planificación (la OEP) y de estructuración del empleo público (la RPT). Así mismo los planes de empleo deben coordinarse con el sistema de clasificación profesional de los empleados públicos contenido en el EBEP (art. 75 y 76) y en la LET (art. 22 de esta Ley, al que se remite el art. 77 EBEP).

Una vez descrito el marco jurídico y sus antecedentes, hay que añadir que en la práctica los planes de empleo, en cualquiera de sus modalidades antes del EBEP y una vez que éste ha entrado en vigor, han tenido escaso desarrollo. Han sido en la experiencia un instrumento apenas utilizado y en cualquier caso con un papel residual, entre otras razones, por la incapacidad de vincular la OEP y las previsiones de gasto al respecto a las previsiones de los planes, perdiendo así su función planificadora⁹. Sin embargo el plan de empleo ha tenido un cierto desarrollo, como veremos, en el ámbito de los procesos de consolidación del empleo público.

1.2. Los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público

El plan de empleo es un instrumento adecuado para la racionalización de los recursos humanos de las AAPP en el ámbito de los procesos de consolidación del empleo público. El CES en su Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público*, realiza la propuesta del impulso de la planificación estratégica de empleo en las AAPP. Y añade al respecto que “la elaboración de planes de empleo debería orientarse más claramente hacia la reducción de la

⁹ Cfr. Palomar Olmeda, “*Ordenación de la actividad profesional*”, cit. pág. 438.

temporalidad como política estructural, en coordinación con herramientas específicas como los planes de estabilidad para ámbitos concretos recogidos en el Acuerdo Administración-sindicatos para la mejora y modernización de la Administración pública de noviembre de 2002”.

Los planes de empleo han servido de hecho para la articulación de un proceso de consolidación del empleo temporal de carácter estructural y como medio de regularización de las situaciones laborales susceptibles de ser declaradas irregulares por los tribunales, con respeto a los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público.

Actualmente estos planes de consolidación de empleo encuentran su fundamento en los arts. 69.2 (en relación con los arts. 69.1 y 72) y DT 4ª EBEP. Por otro lado, los planes y los procesos de consolidación del empleo público temporal son considerados por nuestra jurisprudencia como procesos especiales en relación con el acceso al empleo público y los principios que lo rigen (reconocidos en los arts. 9, 23.2 y 103.3 CE). Son procesos especiales donde deben igualmente tomarse en consideración otros valores constitucionales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (art. 40.1 CE), y el objetivo constitucional de la eficacia de la Administración (art. 103.1 CE).

El fundamento y la función de estos planes de empleo están estrechamente ligados a los problemas generados por la alta tasa de empleo temporal en las AAPP, de ahí que convengan algunas ideas generales sobre esta problemática antes de abordar el actual marco jurídico de los planes de consolidación del empleo.

2. LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL DE CARÁCTER ESTRUCTURAL

2.1. Introducción

La alta tasa de temporalidad es considerada un lastre para el buen funcionamiento de las AAPP (CES Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público*). La opinión común es que el volumen de temporalidad en el sector público excede el que parece razonable de acuerdo con las necesidades temporales en la prestación de servicios¹⁰. La problemática de la temporalidad

¹⁰ Sempere Navarro y Areta Martínez, *Comentario a la Disposición Transitoria 4ª del EBEP*, en Palomar y Sempere, (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 938-939.

en las AAPP, particularmente en el ámbito local, está ligada a una política de restricción presupuestaria, al margen de las necesidades reales de las organizaciones, que se resuelve transitoriamente mediante la contratación laboral temporal; también esta ligada a la falta de bases presupuestarias sólidas que permita la correcta financiación de las actividades. Aunque en ocasiones igualmente es la consecuencia de una inadecuada planificación de los recursos humanos, adscribiendo a funcionarios interinos o a trabajadores temporales a puestos de trabajo que responden a exigencias estructurales o permanentes de la Administración ¹¹. Como se observa en el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público* (abril, 2005), “el volumen de temporalidad hoy existente en el sector público parece exceder del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de servicios y actividades públicas de las distintas Administraciones y que, en realidad, se formalizan como interinidades o contrataciones temporales actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. Una parte importante de esa temporalidad tiene, por tanto, un carácter ficticio o artificial”.

La situación ha sido afrontada en las AAPP de España mediante el desarrollo de diversas vías de acceso a la estabilidad en el empleo público. La primera vía es indirecta, y se desarrolla a través de intervenciones judiciales y legales orientadas a la restricción del uso de la contratación laboral temporal. En primer lugar, mediante la conversión judicial de contratos temporales calificados como irregulares en contratos indefinidos, conforme al art. 15.3 LET. En segundo lugar, a través del desarrollo por el legislador de una política orientada a la reducción de los niveles de temporalidad en las AAPP con la previsión del art. 52 e) LET. Indirectamente esta norma trata de evitar la justificación de la contratación temporal ligada a previsiones presupuestarias o subvenciones externas anuales. Finalmente, en tercer lugar, a través del art. 15.5 LET, aplicable expresamente a las AAPP conforme a la DA 15 LET, que incorpora medidas orientadas a evitar el encadenamiento de determinados tipos de contratos temporales (previsión incorporada con la Ley 43/2006).

La segunda vía es directa y se concreta en los procesos de consolidación de empleo para el personal laboral temporal del sector público. Como se ha obser-

¹¹ Se ha observado que esta situación tiene efectos demolidores, afectando a aspectos como los procesos de selección del personal, donde se atenúan las exigencias de igualdad, mérito y capacidad y se adoptan procedimientos de urgencia de mayor menor regularidad en su desarrollo; personal que después se estabiliza mediante procesos donde se valora especialmente los servicios prestados por este colectivo temporal. La regularidad de esta situación es objeto de control por el TC aunque con una jurisprudencia “muy tibia y en absoluto firme”, en opinión de Jiménez Asenjo, “*Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*”, cit. pág. 55.

vado, la historia reciente en el conjunto de las AAPP está plagada de procesos de consolidación del “empleo estructural”¹².

2.2. La Disposición Transitoria 4ª EBEP y su aplicación en los procesos de consolidación del empleo temporal

El EBEP toma en consideración la problemática del empleo temporal en las AAPP e introduce reglas frente a esta problemática, aunque con significados diversos.

- En primer lugar, se “legaliza” en el art. 11 EBEP la figura del personal laboral indefinido no fijo, aunque sin delimitar con precisión su régimen jurídico diferenciado del laboral fijo¹³.
- En segundo lugar, se amplían los supuestos en que se admiten los funcionarios interinos. Concretamente, el art. 10.1 c) EBEP recoge el supuesto de contratación temporal para programas; y el art. 10.1 d) EBEP recoge el supuesto de contratados eventuales. El resultado es que se permite a las AAPP la contratación temporal por la vía no laboral, evitando así las consecuencias del art. 15.3 y 15.5 LET.
- En tercer lugar, se trata de dar una respuesta global a la estabilización del empleo temporal mediante una habilitación legal contenida en la DT 4ª EBEP.

En particular, la DT 4ª EBEP responde a lo acordado en la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, suscrita por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de las Administraciones Públicas (UGT, CC OO y CSI-CSIF) el 21 de septiembre de 2004, en el que las partes firmantes se comprometen a fomentar la estabilidad laboral reduciendo la tasa de temporalidad existente en el empleo público. Por lo demás, la DT 4ª EBEP da continuidad a una política del derecho que tiene importantes antecedentes normativos y negociales¹⁴.

¹² Cfr. Palomar Olmeda, “Ordenación de la actividad profesional”, cit. pág. 452.

¹³ En este sentido, véase Boltaina Bosch, “Clases de personal”, en Del Rey (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit. pág. 178 y sigs.

¹⁴ Así cuenta con antecedentes normativos en la DT 6ª LMRFP y en una diversidad de leyes autonómicas, entre ellas la Ley 6/1985, de ordenación de la función pública andaluza (DT 6ª.2.1). Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido dando cobertura legal a los procesos de consolidación del empleo público. Igualmente, dentro del marco de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Administración General del Estado, pensando en aquellos ámbitos donde exista un importante volumen de empleo temporal de naturaleza estructural y permanente, se ampara la sustitución de este empleo temporal por empleo fijo, a través de las

3. LOS REQUISITOS QUE HABILITAN LA UTILIZACIÓN DE LA DT 4ª EBEP EN LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL

Establece la DT 4ª EBEP, en su apartado 1º, que “*las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005*”. Estamos ante una medida potestativa para las AAPP (“*las Administraciones Públicas podrán...*”) que puede aplicarse tanto al personal funcionario interino como al personal laboral temporal.

La DT 4ª exige para su aplicación diversas condiciones:

1. En primer lugar, se trata de una DT que habilita legalmente procesos de consolidación de empleo con carácter extraordinario, es decir, al margen del marco ordinario de los procesos de selección de empleados públicos.
2. En segundo lugar, debe tratarse de una vía de consolidación referida a puestos de carácter estructural, que estaban siendo ocupados por empleados temporales.
3. En tercer lugar, debe de tratarse de puestos de trabajo dotados presupuestariamente.
4. En cuarto lugar, el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo debe haber comenzado a prestar sus servicios con anterioridad al 1 de enero de 2005.

Vamos a pasar al análisis de cada una de estas condiciones.

normas reglamentarias que aprueban la oferta de empleo público (art. 11 del RD 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2007 y art. 10 del RD 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2008, que además ya no emplea como justificación la previsión de la correspondiente ley presupuestaria, sino directamente la DT 4ª EB). A estos antecedentes normativos se unen los antecedentes negociales, en concreto los Acuerdos entre la Administración y los sindicatos orientados a la consolidación del empleo temporal. Así cabe citar el Acuerdo Administración-Sindicatos para la modernización y mejora de la Administración Pública, de 13 de noviembre de 2002, que dedica los capítulos XI y XIII a la consolidación del empleo temporal de naturaleza estructural. También el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas sobre medidas retributivas y de Oferta de Empleo Público para los años 2007/2009 de 25 de septiembre de 2006 incide en el asunto al indicar en el párrafo segundo del apartado 3 que las Administraciones Públicas, en aquellos ámbitos donde se detecte un importante volumen de empleo temporal de naturaleza estructural y permanente, podrán proceder a su sustitución por empleo fijo.

3.1. Justificación excepcional de los procesos de consolidación de empleo

Como hemos observado anteriormente, la jurisprudencia parte de la premisa de que los procesos de consolidación de empleo público temporal son procesos especiales en relación con el acceso al empleo público (sometidos a los principios reconocidos en los arts. 9, 23.2 y 103.3 CE que deben regir tal acceso), que se justifican en atención a valores igualmente constitucionales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (art. 40.1 CE).

La jurisprudencia constitucional admite estos procesos de consolidación del empleo temporal en un determinado contexto histórico caracterizado por la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, pero lo hace a partir de tres premisas (SSTC 27/1991; 151/1992; 185/1994; 16/1998; 12/1999; 16/1998).

En primer lugar, su carácter excepcional. Indica el TC que estos sistemas de acceso “han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2 CE, si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional”. En segundo lugar, entiende el TC que resulta legítima esta solución “cuando sólo se acude a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación igualmente excepcional”. En tercer lugar, se requiere que esté “expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración”.

Aunque las previsiones legales habilitadoras de la consolidación del empleo público temporal y su legitimación por el TC en los términos indicados se sitúan en un contexto histórico de construcción del Estado autonómico y de consolidación de unas Administraciones emergentes, lo cierto es que con la DT 4ª EBEP el legislador ha entendido que estos procesos excepcionales pueden justificarse en el momento presente siempre que existan razones excepcionales y se den los requisitos previstos en la norma.

La idea de Administración emergente, construida sobre la provisionalidad de servicios y medios financieros y humanos, es predicable de organizaciones administrativas que durante las décadas pasadas observan un constante avance en la elaboración del mapa de servicios, acompañado de un plan de dotación de medios humanos, técnicos y materiales para dar soporte a las prestaciones que deben garantizar.

Puede servir para ilustrar en concreto sobre esta singularidad la situación de los institutos y servicios sociales locales, cuyo nacimiento y desarrollo está ligado a una regulación legal y a un marco financiero que sólo hasta tiempos recientes sale de una situación de provisionalidad y encuentra bases de estabilidad en servicios y financiación¹⁵. La característica histórica del desarrollo de la organización administrativa de los servicios sociales en Andalucía, que recae en buena medida en las Administraciones locales, es la de una gestación y desarrollo de una manera improvisada y con un presupuesto muy inestable¹⁶. Esta situación ha llevado a los servicios sociales de las Entidades Locales a constituir un buen ejemplo de la problemática de la temporalidad en las AAPP, siendo perceptible una diferencia notable en la actualidad entre la elevada plantilla de empleados públicos laborales en tales servicios y la ausencia de reflejo de tal realidad en la RPT¹⁷.

3.2. Carácter estructural de los puestos a cubrir

El carácter estructural debe deducirse en particular de dos órdenes de argumentos:

¹⁵ En Andalucía, los Servicios Sociales Comunitarios tienen su reconocimiento legal en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 1988 y su plasmación y desarrollo en el Plan Concertado de la Administración Estatal, Autonómica y Local del mismo año sobre Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en Corporaciones Locales. Habrá que esperar al Decreto 11/1992, de 28 de enero, sobre naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios, para poder hablar de su consolidación. Tanto las diputaciones Provinciales, como los municipios andaluces de más de 20.000 habitantes organizan administrativamente los servicios sociales bien directamente dentro de la misma estructura administrativa de la Diputación o Ayuntamiento, mediante un Servicio o Área de servicios sociales, o bien a través de entes autónomos como Patronatos, Fundaciones o Institutos.

¹⁶ La inestabilidad del sistema es destacada en tiempos recientes por el Defensor del Pueblo andaluz (*Informe sobre la situación de los servicios Sociales comunitarios en Andalucía*, de marzo de 2006), que observa: “la gestión directa de prestaciones básicas de Servicios Sociales por parte de dispositivos públicos adscritos a la Junta de Andalucía, unida a la falta de desarrollo y materialización de las revisiones de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía en materia de delegación de las competencias de gestión de los Servicios Sociales Comunitarios en Diputaciones y Ayuntamientos, hace necesario un urgente replanteamiento de estos aspectos a fin de acordar un sistema operativo y racional de atribución de las competencias y de los medios correspondientes para la prestación de estos Servicios, en el marco del proceso de ordenación del Sistema Público de Servicios Sociales”.

¹⁷ El *Informe sobre la situación de los servicios Sociales comunitarios en Andalucía*, de marzo de 2006, del Defensor del Pueblo Andaluz aporta los datos de las distintas estructuras administrativas provinciales de servicios sociales al respecto (págs. 118 y sigs.).

3.2.1. *Marco competencial y cuadro financiero del carácter estructural*

En el ejemplo que hemos traído a colación para ilustrar nuestra argumentación, los servicios sociales locales, existe un marco competencial y un cuadro financiero justificativo del carácter estructural de los puestos de trabajo. Claramente puede verse en la ordenación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía, donde las EELL actualmente cuentan con competencias propias y con competencias que la Comunidad Autónoma delega en ellas de manera permanente por vía legal¹⁸. Se cuenta, por otra parte, con un marco financiero estable para la cobertura de tales servicios¹⁹.

¹⁸ El art. 84 del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con los servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias dentro de la Comunidad Autónoma. En este sentido la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales en Andalucía, estableció en su Título III el reparto competencial en esta materia, atribuyéndole a la Junta de Andalucía la titularidad y responsabilidad de este sistema público, otorgándole a tal fin las competencias horizontales necesarias para ello, y a las Diputaciones y Ayuntamientos, por vía de delegación, determinadas competencias de gestión. En desarrollo de la Ley 2/1988 se han dictado normas encaminadas a estructurar los Servicios Sociales Comunitarios. Finalmente, el Decreto 11/1992, 28 enero regula la naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios. Las EELL, en particular las Diputaciones Provinciales, cuentan con marco orgánico a través del cual se instrumentan las competencias de Servicios Sociales. Por tanto, respecto de los Servicios Sociales Comunitarios contamos con un marco normativo e institucional estable. Con respecto a programas específicos hay que destacar su continuidad. Esto es claro en el caso de los programas de drogas. La Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en materia de drogas, en su art. 28, dispone que las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos ejercerán sus competencias en esta materia, tanto propias como delegadas, en el marco de lo previsto en la Ley y de acuerdo con los criterios y directrices del Plan Andaluz sobre Drogas; en particular, prevé el art. 28.3 que las Diputaciones desarrollarán el correspondiente apoyo técnico y económico de cara a las actuaciones de información, prevención e integración social en los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes. Por su parte, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2002–2007) prevé una estructura provincial de coordinación y gestión. Dentro de dicho Plan, a las Diputaciones Provinciales les corresponderá la gestión de los recursos provinciales en drogodependencias y adicciones, así como la ejecución de los programas de desarrollo local y provincial.

¹⁹ La financiación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía se canaliza principalmente a través del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en Corporaciones Locales y los correspondientes Contratos-programas. Sin embargo, una cierta estabilidad financiera viene garantizada por la existencia de un marco normativo regulador de los compromisos financieros como respaldo a la asunción de competencias por las EELL. Cabe mencionar los siguientes datos normativos destacables: la Ley 2/1988, de Servicios Sociales en Andalucía, en su artículo 27; el Decreto 11/1992, 28 enero, en su DA 1ª; finalmente, el Decreto 203/2002, de 16 de julio, sobre financiación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía, que compromete a la Junta de Andalucía a distribuir, para su gestión, entre las Diputaciones

3.2.2. *Justificación del carácter estructural de las plazas*

Existe una jurisprudencia sobre el uso de modalidades contractuales laborales temporales para ejecutar una actividad ordinaria o permanente en la Administración o para la ejecución de planes o programas públicos que ha conllevado en ciertos supuestos la sanción judicial de la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, conforme al art. 15.3 LET. Esta doctrina judicial aporta criterios que deben ser contemplados para valorar el carácter permanente o no de los puestos de trabajo y la posibilidad o no de su cobertura mediante contratos de duración determinada del art. 15 LET (*apartado a*). Por otra parte, el legislador es consciente de la proliferación de contratos laborales temporales vinculados a programas y de una práctica de encadenamiento de contratos temporales que se justifica en muchos casos por servir de cobertura a puestos de trabajo estables, de ahí que introduzca nuevas reglas como las contenidas en el art. 52 e) LET y extienda la aplicación del art. 15.5 LET a la AP (DA 15 LET) (*apartados b y c*). Finalmente, el legislador habilita a la negociación colectiva para fijar reglas de limitación de la contratación temporal (*apartado d*).

- a) *La respuesta judicial al uso del contrato para obra o servicio determinado para actividades permanentes y subvencionadas: la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo*

El objeto del contrato para obra o servicio determinado es “*la realización de una obra o servicio determinados con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta*” (arts. 15.1 a) del ET y 2.1 del RD 2720/1998). La jurisprudencia observa reiteradamente la importancia de dos elementos que son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado del art. 15.1 a) LET: a) que la ejecución de la obra o servicio determinado no sea de tal naturaleza que suponga la ejecución de tareas permanentes y de duración indefinida en la empresa, al exigir la ley que se trate de una actividad “*limitada en el tiempo*” aunque “*de duración incierta*”; b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto. Los requisitos mencionados resultan de aplicación en

y Ayuntamientos andaluces los recursos asignados a tal fin en los Presupuestos de la Administración Autonómica y en la del Estado que le sean transferidos, obligándose, por lo que refiere a las cantidades a aportar por la Junta de Andalucía, a mantener las del ejercicio anterior actualizadas al IPC de cada año, o al índice oficial que lo sustituya.

las contrataciones efectuadas por las Administraciones Públicas, que tampoco pueden recurrir a la modalidad contractual de obra o servicio para ejecutar una actividad ordinaria o permanente²⁰.

Los tribunales vienen rechazando el uso de esta modalidad contractual para las actividades de prestación mínima obligatoria y también para actividades permanentes no obligatorias de la organización administrativa. Esta doctrina se ha desplegado especialmente en relación con la Administración Local, cuando su actividad de prestación cubierta con empleos laborales temporales no está condicionada por un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad. Concretamente en supuestos como la prestación de servicios por los trabajadores en un servicio de guardería infantil de una entidad local²¹; en el caso de un Convenio de Colaboración Interadministrativo entre la Consejería y la Diputación Provincial, para el funcionamiento de las Oficinas Comarcales de Viviendas en la provincia²²; en el caso de prestación de servicios por el Ayuntamiento mediante una serie de contratos para obra o servicio determinados, que se desarrolla en el ámbito del Convenio suscrito entre la Consejería de Bienestar Social y el Ayuntamiento para el desarrollo del Centro Social Polivalente, con carácter anual²³; en supuestos de Agente de Empleo y Desarrollo

²⁰ Entre otras, STS 11-5-2005 (RJ 2005, 4981).

²¹ STS 2-6-2000 (RJ 2000, 6890)

²² En el caso de la STSJ Extremadura 30-4-2008 (AS 2008, 1737) estamos ante un Convenio de Colaboración Interadministrativo entre la Consejería de Vivienda, Urbanismo y Transportes y la Diputación Provincial de Badajoz, para el funcionamiento de las Oficinas Comarcales de Viviendas en la provincia de Badajoz. En dicho Convenio se pone de manifiesto que tanto la Diputación como los municipios de la provincia tienen competencias en materia de ordenación, urbanismo y vivienda, calificando de responsabilidad compartida entre administraciones la adopción de medidas en materia de vivienda, utilizando para ello la infraestructura y los medios de las Oficinas Técnicas Comarcales de la Diputación Provincial, consecuencia de lo cual se atribuyen a dichas Oficinas las funciones de Oficinas Comarcales de Vivienda, para la gestión y asesoramiento de las actuaciones en esta materia, pactándose la cofinanciación de los costes de las oficinas gestoras, y el desarrollo de sus funciones con el personal que se considere necesario, sin que tenga ningún tipo de relación laboral en la Consejería de Vivienda, Urbanismo y Transporte; y en lo que atañe a la duración de los contratos, era inicialmente por un año, pactándose no obstante la voluntad de prorrogar de forma automática, para los siguientes ejercicios económicos, a reserva de la existencia de dotación presupuestaria disponible para su financiación en los ejercicios económicos a que afecte. Para el TSJ, “las funciones que los demandantes desempeñan se corresponden con una actividad no ocasional o excepcional, sino que ha devenido permanente de la Administración contratante, lo que efectivamente se pone de manifiesto por el largo período de tiempo que los demandantes llevan prestando servicios para la demandada de forme ininterrumpida”, concluyendo que existe una concurrencia de fraude de Ley y la condición de trabajadores vinculados a la demandada mediante relación laboral por tiempo indefinido, no fija, en aplicación de constante doctrina jurisprudencial

²³ STSJ Castilla-La Mancha 31-1-2008 (AS 2008, 2562)

local contratado por un Instituto Municipal para el Empleo y la Formación Profesional Empresarial²⁴.

En estos supuestos resulta de nuestro interés la doctrina conforme a la cual el límite temporal no está en la actividad en sí misma, ni en las condiciones de su prestación, ni en el hecho de que no se configure la actividad como una actividad de obligada prestación por la Administración en cuestión; el dato relevante es que la actividad sea posible en el marco de las prestaciones de servicios por dicha Administración y efectivamente se configure como actividad permanente²⁵. Ello se completa con la afirmación de que “no es la existencia de

²⁴ STSJ Madrid 19-11-2008 (RJ 2009, 201); STSJ Madrid 15-10-2008 (AS 2008,3136).

²⁵ STS 2 de junio de 2000 (RJ 2000, 6890), en relación con el servicio de guardería que presta un Ayuntamiento. En los supuestos concretos de Programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios, la doctrina judicial es clara en el sentido de excluir la existencia de una actividad permanente de la Administración Local en estas materias porque ni estamos ante competencias propias que se señalan en el Art. 25 de la misma, ni tampoco que se enmarquen en una eventual actuación por delegación en los términos del Art. 27. No puede entenderse que su intervención en la creación y funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, pueda ser calificada como una actividad permanente (STSJ Andalucía 12-11-2008 (AS 2009, 81) 5-11-2008 (AS 2009, 402). De la doctrina del Tribunal Supremo antes recordada se infiere que la subvención no condiciona por sí misma la duración del contrato y que esta circunstancia se ha de deducir de la obra o servicio objeto del mismo, pero también que la persistencia de la subvención necesaria para la subsistencia del contrato, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por obra o servicio determinado, y a partir de ello debe entenderse que la contratación por los Ayuntamientos, a través de la actuación de la Comisión Mixta creada al efecto, para la operatividad de actuaciones en materia de colocación, empleo, ayudas al fomento de empleo y formación profesional al amparo de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, salvo apreciación en supuestos concretos de un actuar en fraude de ley, no es una actividad permanente de las Corporaciones Locales, aunque el objeto material de tales proyectos, de naturaleza temporal por imposición legal, en cuanto así se explicita en la normativa de aplicación antes citada, se traduzca en la realización de obras o servicios de utilidad pública o interés social, ya que la finalidad que constituye la esencia de la contratación es la formación, teórica y práctica, como medio de acceso al empleo, mediante fórmulas de trabajo en obra real, con el fin de que a su término exista una capacitación para el desempeño adecuado del oficio aprendido, debiendo mantenerse por ello que la contratación del personal directivo, docente o de apoyo para el funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de empleo promovidos por las Corporaciones Locales a lo largo de las diferentes fases en que se dividen los correspondientes proyectos, es encuadrable, por su objeto y finalidad, en la figura del contrato para obra determinada, salvo apreciación de actuación en fraude de ley, como antes se indicaba, que en el caso que ahora se analiza no resulta deducible de ninguno de los presupuestos de hecho que se consignan en la resolución recurrida. El contexto de las escuelas taller: En relación con los Programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios para jóvenes en paro y con especiales dificultades de inserción laboral e integración social, por Real Decreto 467/2003, de 25 de abril (RCL 2003, 1167),

una subvención un elemento determinante de la temporalidad de la contratación, ni el objeto del contrato (...) tiene la autonomía y sustantividad necesaria para justificarlo, al tratarse de una actividad propia y ordinaria de la Agencia para el empleo (...), al constar que constituye su propio objeto, de acuerdo con los fines establecidos en sus Estatutos, lo que evidencia que no existe obra o servicio que pueda justificar la temporalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”²⁶.

La clave justificativa del uso de la modalidad contractual se sitúa en el carácter permanente o no de la actividad en sí misma. La doctrina judicial viene a afirmar que las actividades que una Administración asume como permanentes, por tratarse de competencias propias o por delegación en los términos legales correspondientes, no pueden ser desarrolladas por el contrato para obra o servicio, aunque se encuentren financiadas mediante subvenciones de otra Administración que han de ser renovadas periódicamente²⁷.

se aprueba el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en cuyo Anexo –apartado B.2c)– se prevé que la Comunidad Autónoma asume la gestión y control de los talleres de empleo y casas de oficios y, en consonancia con ello, en la Orden de 8 de marzo de 2.004 (Boja de 15/4/04) se regulan los Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Unidades de Promoción y Desarrollo y Talleres de Empleo, que se configuran como programas mixtos de empleo y formación. Como circunstancias más significativas se establece una duración específica para la realización de cada proyecto (hasta dos años para las Escuelas Taller y un año para las Casas de Oficios y Talleres de Empleo), se concretan como posibles entidades promotoras, entre otras, a las Corporaciones Locales, y se dispone que la selección de los alumnos/trabajadores, así como la del personal directivo, docente y de apoyo será efectuada por una Comisión Mixta, constituida entre la entidad promotora y la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, la cual ha de someterse en su funcionamiento a los criterios señalados al efecto por la norma (Art. 12), levantando actas de sus actuaciones, uno de cuyos ejemplares ha de remitirse a la Dirección Provincial antes mencionada para su constancia y seguimiento.

²⁶ STSJ Madrid 19–11–2008 (RJ 2009, 201), STSJ Madrid 15–10–2008. (AS 2008,3136).

²⁷ Ilustrativo de esta doctrina es el caso de la STS 21–3–2002 (RJ 2002 5990) donde se debate la cuestión de si son o no válidos los contratos para obra o servicio determinado en los que, como causa justificativa de su temporalidad se hace constar que su objeto y duración es la realización del Proyecto Subvencionado por la Comunidad Autónoma y Ministerio de Asuntos Sociales, denominado Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999. En el supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por el Ayuntamiento y el trabajador. Para el TS, en primer lugar, el contrato no cumple con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto, dado que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al «Proyecto subvencionado» entre las distintas Administraciones, o al «Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999». De su literalidad

En el supuesto particular de utilización del contrato de trabajo para obra o servicio determinado para los programas temporales de las Administraciones que se reiteran anualmente y que dependen de la correspondiente dotación presupuestaria o subvención, el TS mantiene que la financiación externa no puede ser en sí causa de temporalidad.

Observemos la evolución de la jurisprudencia al respecto. El TS indica inicialmente que una de las peculiaridades de la Administración Pública que puede obligar a matizar el cumplimiento de los requisitos indicados es la posibilidad de acometer la ejecución de obras o servicios determinados con dotaciones presupuestarias ajenas, limitadas en el tiempo y variables. Esa circunstancia, observa el TS, “constituye un factor que puede no ser neutro, a la hora de valorar si la obra o servicio tiene o no sustantividad propia y autonomía dentro de lo que constituye su actividad laboral normal y si su ejecución está limitada en el tiempo”. A partir de esta premisa, la jurisprudencia de los años 90 ha sido flexible a la hora de justificar el uso de esta modalidad contractual para efectuar actividades normales y permanentes en el caso de los programas temporales de las Administraciones Públicas sujetos a las disponibilidades de financiación anuales²⁸.

se desprende que el Plan abarca todos los Servicios Sociales Básicos del Ayuntamiento. La misma utilización del plural, «servicios sociales», supone la existencia de, no un solo servicio determinado, sino de varios de ellos. Para el TS “resulta palmario pues que la genérica alusión en el contrato que se examina a los «servicios sociales básicos» del Ayuntamiento, cuando éstos son tan numerosos y diferentes y tan distintos los lugares de actividad, dejó en la más absoluta indefinición el servicio concreto en que el trabajador debía desempeñar la suya”. En segundo lugar, observa el TS que del carácter anual del Plan no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. Si, conforme a la legislación autonómica en materia de servicios sociales, se trata de servicios de prestación obligatoria y permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contrato celebrado. No es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el trabajador no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. Podría sostenerse así, de alguna obra o servicio determinado muy concreto y específico que el Ayuntamiento no estuviera obligado a desarrollar o que sólo le fuera posible hacerlo, por su magnitud económica, si es financiado por otra Entidad. Así podría por ejemplo justificarse en contratos temporales que se originan por Programas de Apoyo al Empleo y la Formación.

²⁸ En este sentido pueden citarse las sentencias de 10-6-1994 (RJ 1994, 5422), 3-11-1994 (RJ 1994, 8590), 10-4-1995 (RJ 1995, 3038), sobre los programas de prevención de incendios forestales; las de 18-5-1995 (RJ 1995, 7579) y 21-7-1995 (RJ 1995, 6324), sobre el Plan de Formación e Inserción Profesional; las de 18-12-1998 (RJ 1999, 307) y 28-12-1998 (RJ 1999, 387), sobre servicios de ayuda a domicilio y las más recientes de 10-12-1999 (RJ 1999, 9731) y 30-4-2001 (RJ 2001, 4613), sobre servicios de guardería.

En una segunda fase matiza el TS que “la admisión de la aplicación de esta modalidad contractual en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración”²⁹. De esta manera, en esta segunda fase el TS restringe la utilización de esta modalidad contractual a los supuestos en que la prestación del servicio por parte de la Administración dependía de la persistencia de una subvención procedente de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria de la Administración contratante³⁰.

Finalmente, tras la reforma de la LET por la Ley 12/2001, el TS afirma que la financiación externa no puede ser en sí causa de temporalidad. El Alto Tribunal niega haber elevado “en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal”, precisando que “del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”, puesto que es obvio que pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones³¹. En suma, de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Para el TS es decisivo el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Ley 12/2001, que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación³².

Para el TS, más que el dato de la existencia de la subvención, lo relevante es la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal del art. 15.1 a) LET, y fundamentalmente que la singularidad de la obra o servicio quede

²⁹ STS 19-2-2002 (RJ 2002, 6464).

³⁰ Indica el TS que “hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado”. Véase, STS 19-2-2002 (RJ 2002, 6464).

³¹ SSTs 7-2-2.007 (AS 2007, 1343), 22-3-2.004 (RJ 2004, 2942).

³² STS 8-2-2007 (RJ 2007, 1900).

suficientemente determinada y concreta, y a ella quede adscrito el trabajador contratado. En sentencias dictadas en controversias que afectaban a trabajadores contratados por AAPP, ha observado el TS que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos, guarderías infantiles, etc.) debe quedar suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en el art. 15.1 a) LET. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, el TS ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención³³.

Al igual que ocurre con el resto de empresas, la contratación temporal en fraude de ley por las Administraciones provoca la conversión del contrato temporal en contrato *indefinido no fijo* (art. 15.3 LET). El contrato temporal en fraude de ley conlleva la conversión del contrato en indefinido, pero ello no supone que el trabajador pase a ser fijo de plantilla de la Administración incumplidora. La jurisprudencia trata así de conciliar los principios y normas laborales (orientados a la tutela de la estabilidad en el empleo) y administrativas (de tutela de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público), pero otorgando preferencia relativa a las normas administrativas que desarrollan el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público.

La doctrina actual del TS es la de que en caso de irregularidades sustanciales la consecuencia no será que el trabajador contratado pasa a “fijo de plantilla”, sino a considerarse “indefinido”; sin beneficiarse en este caso de determinados derechos ligados a aquellos. Para el TS, la condición de fijo de plantilla está ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, pues en otro caso se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. El carácter “indefinido” del contrato implica que éste no está sometido a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas. En consecuencia, el trabajador temporal cuyo contrato se convierte en indefinido

³³ STS 21–3–2002 (RJ 2002 5990).

no puede beneficiarse de una adscripción definitiva del puesto de trabajo, debiendo la Administración adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato del trabajador temporal³⁴. La extinción del contrato laboral indefinido conforme a esta jurisprudencia debe justificarse por darse la cobertura reglamentaria de la vacante o su amortización. En otro caso estaríamos ante un despido no justificado que debería ser calificado como despido improcedente.

Dos normas legales deben ser contempladas como complemento de esta argumentación.

b) El art. 52 e LET

Dicha norma ha sido diseñada por el legislador para posibilitar a la Administración la extinción justificada de los contratos cuando desaparecen los programas y subvenciones que sirven de soporte a los puestos y contratos de trabajo. De manera que la continuidad de los convenios y subvenciones (aunque sea incierta en un largo plazo) justifica el carácter permanente de los empleos y el carácter indefinido de los contratos, para cuya extinción por finalización de los convenios o subvenciones se ha previsto el art. 52 e) LET.

c) La respuesta legal en supuestos de encadenamiento de contratos temporales: el art. 15.5 LET

Esta norma ha sido concebida por el legislador para los supuestos de encadenamiento de contratos temporales y al objeto de posibilitar, en el caso de las AAPP, la conversión de los contratos temporales en indefinidos no fijos. Establece la norma que los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa (mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada), adquirirán la condición de trabajadores fijos. Esta previsión legal resulta aplicable a las modalidades contractuales del art. 15.1 LET para obra o servicio y eventual, quedando excluida su aplicación a los contratos de interinidad.

³⁴ SSTs 20-1-98 -RJ. 1000-; 21-1-98 -RJ 1138); 8-2-2000 -RJ 1744-; 29-11-2000 -RJ 1440-; 18-7-2007 -RJ 2007 6738-).

Esta norma no está regulando un supuesto de contratación temporal en fraude de ley, sino que directamente está fijando límites temporales a la contratación temporal. La norma se centra en el supuesto de dos o más contratos temporales para obra o servicio determinado o eventual con el mismo trabajador en el mismo puesto de trabajo.

Tal previsión normativa también resulta de aplicación a las Administraciones Públicas (disp. Ad. 15ª LET). No obstante, añade dicha disposición que ello tendrá lugar sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Esta DA 15ª está haciéndose eco de la jurisprudencia sobre la figura del laboral indefinido no fijo a la que hemos hecho referencia, y tiene como función igualmente la tutela equilibrada entre la estabilidad en el empleo y el acceso en condiciones de igualdad al empleo público. Por tanto, la consecuencia del encadenamiento, no necesariamente ilícito, de contratos temporales en el sector público no puede ser la conversión de la relación de trabajo temporal en fija sin más, porque ello contravendría los citados principios, sino la obligación de la organización pública de cubrir con carácter fijo el correspondiente puesto de trabajo, siguiendo para ello el procedimiento legal que corresponda.

Mientras la organización pública procede a la cobertura ordinaria y con carácter fijo del puesto de trabajo afectado por el encadenamiento de contratos temporales, el trabajador temporalmente contratado tiene derecho a permanecer en su puesto, pero con la condición no ya de temporal sino de indefinido no fijo de plantilla

d) La habilitación a la negociación colectiva para fijar reglas de limitación de la contratación temporal

Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos (art. 15.7 párr. 2º LET). Además, se habilita a la negociación colectiva para que, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, establezca requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva en los supuestos de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo (art. 15.5 párr. 2º LET).

Es posible encontrar previsiones de planes de consolidación de empleo en los convenios colectivos. Los convenios colectivos fijan reglas sobre los procesos de consolidación del empleo temporal bien directamente en el texto

del convenio bien remitiéndose a la comisión de administración o una comisión específica. Las reglas se refieren a la elaboración de estudios donde se identifica el empleo susceptible de ser objeto de procesos de consolidación, las características, el calendario y los criterios que habrán de regir los procesos selectivos. Estas reglas y criterios se concretan posteriormente en pactos de empleo.

3.3. Dotación presupuestaria de los puestos a cubrir e inclusión en la correspondiente OEP

Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 70 EBEP, la OEP requiere la correspondiente asignación presupuestaria. Esto supone además que debe existir una vinculación entre la oferta anual de empleo y la correspondiente ley presupuestaria anual. Por tanto, ha de planificarse el proceso de consolidación para que la cobertura de vacantes no sobrepase los créditos presupuestarios para gasto de personal fijados en la ley de presupuestos.

Hay que tener en cuenta que antes de la aprobación del EBEP era la misma Ley de Presupuestos Generales del Estado la que al mismo tiempo que fijaba el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público, establecía la siguiente excepción: *“Con independencia de lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, las Administraciones públicas podrán convocar los puestos o plazas correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías que, estando dotados presupuestariamente e incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo o catálogos, así como en las plantillas de personal laboral, se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, no computando estas plazas a efectos de la correspondiente oferta de empleo público”* (art. 22.1 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007).

Tras la aprobación en 2007 del EBEP la citada excepción desaparece, pasando a recogerse en la DT 4ª EBEP, pero sin indicarse nada en las leyes de presupuesto sobre su coordinación con las previsiones limitadoras de oferta anual de empleo. La cuestión se resuelve en la OEP para 2008 porque se prevé expresamente la sustitución de este empleo temporal por empleo fijo con base en la DT 4ª EBEP. Sin embargo, en la normativa reglamentaria sobre OEP anual para 2009 (RD 248/2009, de 27 de febrero) desaparece esta previsión³⁵.

³⁵ Respecto de las EELL únicamente se indica en la Disposición Adicional Primera que las Corporaciones Locales que aprueben su oferta de empleo público deberán remitir los acuerdos aprobatorios de la misma a la Administración General del Estado a los efectos de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, respetando la tasa de reposición de efectivos del 30 por 100 que establece con carácter básico la Ley 2/2008.

3.4. Prestación de servicios por el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo con anterioridad al 1 de enero de 2005

Los procesos de consolidación del empleo temporal se admiten con carácter excepcional y siempre que dicha previsión esté “expresamente prevista en una norma con rango de ley”, conforme exige la jurisprudencia constitucional.

Los procesos de consolidación de empleo temporal estructural han contado con una previa habilitación legal que, entre otros contenidos, establece el periodo temporal o el límite temporal dentro del cual los puestos deben encontrarse desempeñados interina o temporalmente. La DT 4ª establece la regla de la anterioridad a 1 de enero de 2005. Con posterioridad a dicha fecha ha de seguirse el proceso ordinario de acceso al empleo público.

No obstante ha de tenerse en cuenta que el criterio de la antigüedad o experiencia en el puesto como mérito en una fase de concurso (como ocurre en la DT 4ª EBEP) es considerado como regla en la normativa anual sobre OEP. Así, el Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2009, dispone que en los procesos selectivos en los que exista una fase de concurso, se contemplará, específicamente entre otros méritos, la valoración de la experiencia acreditada por los candidatos que, con carácter interino o temporal, hubieran desempeñado funciones análogas (art. 4 g).

4. EL RÉGIMEN APLICATIVO DE LA DT 4ª EBEP

4.1. Objeto del plan de consolidación del empleo y reglas de procedimiento

La DT 4ª EBEP se conforma como una vía excepcional a través de la que dar una salida a estas situaciones de temporalidad, favoreciendo la consolidación del empleo respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los principios y reglas legales sobre selección de personal por la AP.

En términos formales la concreción de manera objetiva de la necesidad estructural debe seguir los mismos pasos que las reglas generales para la contratación de nuevo personal laboral fijo. Es decir, la correspondiente dotación presupuestaria de las vacantes, la inclusión de las mismas en la oportuna relación de puestos de trabajo y, finalmente, su reflejo en la oferta anual de empleo público. Se puede decir que estos aspectos previos a los procesos de selección son los que permiten cuantificar las necesidades de personal fijo conforme a los principios constitucionales orientadores de la actividad de la Administración Pública, los de objetividad y eficacia del artículo 103.1 CE.

El objeto del plan de empleo por tanto debe comprender:

1. La modificación y aprobación de la relación de puestos de trabajo.
2. La modificación y aprobación de la plantilla de personal.
3. La elaboración y aprobación de la oferta de empleo público.
4. La aprobación de las bases para la selección del personal laboral y convocatoria de los procesos selectivos.

Paralelamente el plan de empleo debe venir acompañado del correspondiente acuerdo en la mesa de negociación. Ya hemos indicado que estamos ante una materia que puede ser objeto de negociación colectiva. Tratándose de personal laboral no existe impedimento a este respecto dado que conforme al art. 85.1 LET “*los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo*”. Se puede incluir el contenido del pacto de empleo, bien como revisión del convenio vigente (mediante una disposición transitoria que remita al plan de empleo como anexo al convenio), bien como contenido de un futuro convenio (remitiendo nuevamente al plan como anexo al convenio).

Conviene recordar no obstante que, aunque con dudas, parece que la regulación de las materias objeto de negociación contenida en el art. 37 EBEP resulta aplicable tanto a la negociación colectiva de funcionarios como del personal laboral. Si ello es así hay que tener en cuenta que ciertas materias relacionadas con la planificación estratégica de recursos humanos pueden ser objeto de negociación con eficacia jurídica directa, pero limitada al establecimiento de “criterios generales”:

- 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. (art. 37.1 letra c) EBEP).
- los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos. (art. 37.1 letra m) EBEP).
- Los criterios generales sobre ofertas de empleo público (art. 37.1 letra l, en coordinación con el art. 37.2 e) EBEP).

Por otra parte, el art. 37.2 EBEP excluye de la negociación, entre otras materias, la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público. Como hemos indicado, los criterios generales son considerados objeto de negociación en el

art. 37.1 EBEP. De esta manera lo que puede ser objeto de negociación es la normativa que rige estas materias, pero no las concretas bases de cada proceso de selección.

4.2. Reglas sobre los procesos de selección

El EBEP, como normativa básica estatal, establece como principio general que “*los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia*” (art. 61.1 EBEP)³⁶. Pero admite algunas excepciones a esta regla general. De un lado las excepciones recogidas en el art. 61.1 EBEP (la promoción interna y las medidas de discriminación positiva previstas en el art. 59 del EBEP). De otro lado, las excepciones recogidas en la DT 2ª (que establece la posibilidad de funcionarización del personal laboral fijo) y la norma objeto de nuestro análisis, esto es, la DT 4ª.

Por otra parte, hay que observar que el marco normativo de los sistemas selectivos del personal laboral fijo es más flexible que el marco previsto para los funcionarios en el art. 61.6 EBEP. Concretamente el art. 61.7 EBEP establece que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso–oposición o concurso de valoración de méritos. Mientras que los sistemas selectivos ordinarios de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso–oposición y con carácter excepcional el sistema de concurso (art. 61.6 EBEP). No obstante, la DT 4ª EBEP fija reglas mínimas sobre los tipos de procesos selectivos, concretamente se establece el sistema de concurso–oposición (que es el habitualmente empleado en el marco normativo anterior al EBEP para los procesos de consolidación del empleo temporal).

En el caso particular del personal laboral temporal la consolidación se concreta en su conversión en personal laboral fijo, a través de los correspondientes procesos selectivos en los que tienen que respetarse las previsiones de los apartados 2º y 3º de la DT 4ª.

Los procesos de consolidación de la DT 4ª, como todo proceso selectivo en las AAPP, deben llevarse a cabo con sometimiento a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (apartado 2º de la DT 4ª). Esta previsión es coherente con el principio del artículo 55.1 EBEP que establece que “*todos los ciudadanos tiene derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto*”³⁷.

³⁶ El art. 91 LBRL dispone en su apartado 1º, que las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.

³⁷ Es conforme también con el apartado 2º del art. 91 LBRL, que establece que “*la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de*

Además los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 EBEP (a los que nos remite el apartado 3.2 DT 4^a). Del conjunto de estas normas se deducen los siguientes condicionantes:

- 1) La exclusión de procesos selectivos restringidos.
- 2) La necesidad de desarrollar el proceso de selección mediante el sistema de concurso–oposición.
- 3) Los procesos selectivos, en aplicación del art. 61.3 EBEP, establecerán las preceptivas pruebas de capacidad (fase de oposición). El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria (apartado 3º DT 4ª EBEP en relación con el art. 55 e) –que lo recoge como principio– y art. 61.2 EBEP –que lo recoge como norma general–).
- 4) Los procesos selectivos, conforme al apartado 3º de la DT 4ª, contarán con una fase de concurso en la que *“podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”*. No obstante, en esta fase, la valoración de méritos de los aspirantes no puede ser determinante, puesto que sólo podrá otorgar a dicha valoración *“una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”* (art. 61.3 EBEP).
- 5) En la fase de concurso podrán considerarse *“otros méritos”*, distintos a los mencionados anteriormente (apartado 3º de la DT 4ª). En este sentido, el art. 61.5 EBEP indica que *“para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas”*.

Estas previsiones constituyen elementos delicados por cuanto favorecen la posición de los empleados temporales en estos procesos formalmente abiertos, como pretende ciertamente la DT 4ª EBEP. De un lado, por la conexión que se reclama entre los contenidos de las pruebas y las tareas y funciones de los puestos a cubrir. De otro lado, por la valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los

empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso–oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.

concretos puestos de trabajo objeto de convocatoria. La novedad de la DT 4^a respecto de previsiones anteriores (por ejemplo la Ley 42/2006 de PGE, art. 22.1, último párrafo) radica en que establece expresamente la posibilidad de incorporar los aspectos citados dentro del proceso de selección³⁸.

La ventaja para los empleados temporales se refuerza en la DT 4^a porque se privilegia específicamente la antigüedad en la Administración convocante y porque la experiencia que se valora especialmente es la acumulada en el concreto puesto objeto de cobertura. Por todo ello, la DT 4^a no ha dejado de plantear dudas de constitucionalidad³⁹. En efecto, la concreción de estos elementos en las bases de la convocatoria es un aspecto sensible porque puede plantear problemas de compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público.

4.3. La consideración de la antigüedad o la experiencia en el puesto como méritos y su compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público

Como se sabe, es doctrina del TC que no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 de la CE sino únicamente aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. No obstante se añade que para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con la misma se persigue, sino que, además, resulta indispensable que las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas y superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional. En suma, se exige una justificación objetiva y razonable y el respeto del principio de proporcionalidad para que la situación de desigualdad sea considerada legítima desde el punto de vista constitucional.

En nuestra temática, conforme a la doctrina del TC, “el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrados en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un “amplio margen” en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien que esta libertad aparece limitada por

³⁸ Cfr. Boltaina Bosch, “*Clases de personal*”, cit. pág. 168.

³⁹ Cfr. Sánchez Morón, “*Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios*”, en Sánchez Morón (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit. págs. 414–415.

la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados” (STC 86/1987).

Conforme a la doctrina constitucional entiende que existe un fundamento objetivo y razonable para la consolidación del empleo público temporal. Se observa que las elevadas tasas de temporalidad deben reducirse a través de instrumentos absolutamente rigurosos en el cumplimiento de los principios básicos en el acceso al empleo público pero que, al mismo tiempo, tengan en cuenta la experiencia alcanzada en el desempeño del puesto con carácter temporal o interino.

La jurisprudencia constitucional indica que “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas”; añadiéndose que “la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”⁴⁰. En conclusión, como afirma la STC 27/1991, “la experiencia es, desde luego, un mérito, y conferir relevancia a su disfrute no sólo no es contrario a la igualdad, sino que, en tanto que cualidad susceptible de justificar una diferencia de trato, se coherente perfectamente con el art. 14 de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración pública”.

El peligro radica en que, aunque nos situemos formalmente ante un concurso de libre acceso al empleo público, la sobrevaloración de la experiencia y antigüedad en el baremo de los méritos y la finalidad confesada del proceso selectivo (la consolidación de empleo temporal) lleve a la conclusión de que realmente se está ante unas pruebas restringidas.

Por eso son importantes los matices de la doctrina constitucional:

⁴⁰ STC 106/2003. Para el TC la razonabilidad del trato de favor dispensado a los empleados temporales en la valoración de sus méritos no es contraria al principio de igualdad en la medida en que no se excluya de entrada la participación en el proceso selectivo de quienes no sean empleados temporales. De otro lado, los requisitos específicos, al igual que los méritos o capacidades a valorar, deben configurarse en base a referencias abstractas y generales, nunca individuales ni concretas, de modo que ni directa ni indirectamente supongan reservas ad personam (SSTC 47/1990; 27/1991 y 48/1998).

- 1 En primer lugar, que del artículo 23.2 de la Constitución deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones “se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas”⁴¹.
- 2) En segundo lugar, se indica que siendo un criterio razonable, la antigüedad debe superar el juicio de proporcionalidad, en este sentido, se imponen dos reglas, de un lado, no debe ser el único criterio valorable; de otro, no puede suponer un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes carezcan de dicha antigüedad. Ello puede tener lugar: a) cuando la consideración como mérito de los servicios prestados se constituye en un requisito necesario para poder participar en el concurso; b) por la relevancia cuantitativa desproporcionada que pueda atribuir la convocatoria a dichos servicios; c) por operar doblemente, en distintas fases del procedimiento de selección⁴².

Así, la STC 281/1993 en un supuesto de la impugnación de las bases establecidas por el Ayuntamiento para proveer, por el procedimiento de concurso de méritos, plazas de administrativos de la plantilla de personal laboral observa que “contraría abiertamente al principio constitucional de igualdad el que en un concurso de méritos que, como el de autos, se articula alrededor de la experiencia adquirida en diversos puestos administrativos, se prime desafortunadamente y de manera desproporcionada –y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso– la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante). Un baremo en el que, tratándose de un concurso de méritos, se privilegie la experiencia adquirida en un puesto idéntico o similar a aquel de cuya provisión se trata no sería contrario a la igualdad aun cuando a los restantes méritos alegables les fuera concedida una valoración menor, incluso considerablemente menor. Sin embargo, en el supuesto de autos no se trataba propiamente de favorecer genéricamente a quienes hubieran desempeñado puestos idénticos o similares a los ofertados, sino sólo de privilegiar a las concretas personas que los hubieran ocupado en el propio Ayuntamiento autor de la convocatoria”.

A partir de esta doctrina constitucional, la jurisdicción ordinaria mantiene, en primer lugar, que es constitucional y legalmente imposible la transformación

⁴¹ STC 50/1986.

⁴² SSTC 60/1994, 83/2000.

automática, sin sujeción a un proceso selectivo público; en segundo lugar, admite excepcionalmente que el sistema de valoración de méritos prime, incluso de manera notable, los servicios prestados en una Administración. Los distintos Tribunales Superiores de Justicia han venido ateniéndose a aquella jurisprudencia constitucional en el enjuiciamiento de regulaciones legales autonómicas o recogidas en convenios colectivos sobre consolidación de empleo temporal en las AAPP (STSJ Galicia 18-4-2008 –AS 2008, 1265–).

- Se observa en la SAN 17-10-2006 (JUR 2006 251201), “la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”.
- La STSJ Canarias 29-12-2005 (JUR 2006, 64053) indica que una norma autonómica que aprueba un plan de empleo operativo “no convierte ni podría convertir a los trabajadores públicos con vínculo indefinido de la Comunidad Autónoma en trabajadores fijos, sin sujetarse a los principios constitucionales de mérito, capacidad y publicidad, que requieren –inexcusablemente– la realización del proceso selectivo público que exigen los arts. 19 y ss. de la Ley Estatal citada [LMRFP] y los correspondientes de la Ley autonómica. Este proceso podrá ser lo sencillo que la Administración estime oportuno, incluso exclusivamente por concurso, excluyendo el sistema de oposición o el mixto de concurso–oposición y en el que, para facilitar la consolidación de los trabajadores temporales, se les otorgue a éstos una sustanciosa puntuación por el tiempo en que llevan prestando servicios (aunque a tales servicios los prestaran sin someterse a un proceso selectivo) facilitando así extraordinariamente su conversión a fijo), pero lo que es constitucional y legalmente imposible es la transformación automática, sin sujeción a un proceso selectivo público”.
- En el caso de la STSJ Galicia 18-2-2004 (JUR 2004, 260937), en relación con la valoración mayor de los servicios previos al personal temporal al que se refieren ciertas disposiciones transitorias de la Ley 4/88, de la función pública de Galicia, concluye que “constituye una circunstancia excepcional y puntual que tiende a regularizar la situación de interinos y contratados laborales de larga duración que en su día hubieron de sufrir la inseguridad e inestabilidad derivada de la ausencia de regulación normativa autonómica (...) Era un modo de

compensar a ese personal que hubo de permanecer tiempo en situación de transitoriedad forzosa mientras no se regulaba la función pública de esta Comunidad Autónoma”.

- Del mismo modo se pronuncia la STSJ Comunidad Valenciana 4–10–2007 (JUR 2008, 5123) respecto de la valoración de la experiencia y los servicios previamente prestados como mérito en los Planes de Estabilidad Laboral en la CA valenciana.

De la doctrina de los Tribunales se extraen dos limitaciones importantes, sobre todo para el caso de que el proceso selectivo se limite a una fase de concurso. En primer lugar, los Tribunales rechazan por no estimarse objetivo y razonable una diferencia notable en la valoración de la experiencia del personal de una Administración frente a los empleados públicos de otras Administraciones, cuando no difiere sustancialmente las tareas o funciones prestadas por los funcionarios de las distintas Administraciones⁴³. Esta incompatibilidad se agrava en los supuestos en que el sistema de selección se limita a un concurso de méritos⁴⁴. En segundo lugar, se estima desproporcionada la consideración como mérito de la experiencia cuando el sistema de selección se concreta en un concurso de méritos y a la experiencia en el puesto de trabajo representa el 45% de los méritos⁴⁵.

⁴³ STSJ Castilla La Mancha 8–2–2003 (JUR 2003, 112258)

⁴⁴ STSJ Andalucía 8–11–2002 (JUR 2003, 71658).

⁴⁵ STSJ Andalucía 16–3–2006 (RJCA 2006, 379).

EL IMPACTO DE LAS JUBILACIONES ANTICIPADAS EN EL SISTEMA DE PENSIONES

M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

EXTRACTO

Palabras Clave:Jubilación Anticipada y Edad, Prejubilación

En un contexto socioeconómico en el que los diversos ordenamientos jurídicos vienen incorporando diversos instrumentos tendentes a incentivar la contratación de los trabajadores de edad avanzada o, al menos, a garantizar su protección social, pero sin renunciar a la adopción de medidas redistributivas del empleo –y sin sacrificar o poner en peligro la viabilidad del sistema–, el presente estudio tiene por objeto analizar los diversos mecanismos que permiten anticipar –o *pseudo*–anticipar– la edad de jubilación, principalmente a través del fenómeno de la prejubilación y de las diversas modalidades de jubilación anticipada que suponen la percepción –en principio excepcional– de una pensión de jubilación de la Seguridad Social antes de cumplir la edad prevista para ello en función de las actividades profesionales desempeñadas, de los derechos adquiridos bajo el régimen de legislaciones ya derogadas o, simplemente, como medida de fomento de empleo, sin olvidar su impronta en el empleo público y su potenciación convencional.

ABSTRACT

Key Words: Pensionable Age, Early Retirement

In a socioeconomic context in which the diverse juridical classifications incorporate the diverse instruments that stimulate the workers employability of advanced age or, at least, to guarantee their social protection, but without resigning to the adoption of some redistributive measures of the employment – and without sacrificing or to put in danger the viability of the system–. The present study has for object to analyze those diverse mechanisms to anticipate – or to pseudo–intend to anticipate – the pensionable age. Mainly considering the early retirement phenomenon and the diverse modalities of early retirement that suppose the payment – in principle exceptional – of an old–age pension of the National Health Service before fulfilling the age foreseen for receiving it. Depending on the professional activities performed in their career, of the rights acquired under the regime of the abolished legislation or, simply, as measure of employment promotion, without forgetting its relevance in the public employment and its conventional empowerment.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MECANISMOS QUE PERMITEN ANTICIPAR –O PSEUDO–ANTICIPAR– LA EDAD DE JUBILACIÓN: PREJUBILACIONES, JUBILACIONES ANTICIPADAS Y AYUDAS PREVIAS A LA JUBILACIÓN ORDINARIA
 - 2.1. El acceso al estatus intermedio o categoría jurídica híbrida de “prejubilado”
 - 2.2. La prejubilación como instrumento regulador del mercado de trabajo y su impacto social
 - 2.3. Últimas tendencias en materia de jubilación anticipada
3. COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD DE JUBILACIÓN
4. EFECTIVIDAD DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA EN EL EMPLEO PÚBLICO
5. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS CONVENCIONALES COMO INSTRUMENTOS QUE POTENCIAN LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

1. INTRODUCCIÓN

En un momento en que la orientación de las políticas legislativas está cambiando diametralmente al reconocer de modo inequívoco que subvencionar –como se ha venido haciendo hasta ahora– la jubilación anticipada puede ser contraproducente (no ya sólo para el mismo trabajador¹ sino para resolver los graves problemas del desempleo juvenil y femenino) y, por tanto, conviene suprimir aquellos obstáculos que disuaden a los empresarios de contratar o mantener en plantilla a los trabajadores de edad avanzada resulta especialmente oportuno analizar las posibilidades reales de jubilación anticipada que actualmente ofrece el ordenamiento español.

A partir de un análisis en profundidad sobre la necesidad, justificación o mera coyunturalidad de tales medidas se podrá avanzar en la deseable mejora de la empleabilidad de los trabajadores de edad avanzada pues si bien se progresa en el camino de favorecer la prolongación voluntaria de la vida laboral, la tozuda realidad empresarial demanda mecanismos no traumáticos de redimensionamiento de plantillas o de salvamento frente una crisis, cada vez más frecuente en las empresas españolas.

Según datos del CES, hasta julio de 2008 el número de altas de jubilaciones anticipadas suponía un 42,3 % del total de altas de jubilación del sistema, si

¹ Por las repercusiones de carácter psicosocial que pueda tener. Interesantes reflexiones al respecto en De La Torre García, A.: “Jubilaciones anticipadas y recursos humanos: la relevancia de una aproximación psicosocial”, *Psicothema*, núm. 1, 1993, págs. 307 y ss. o Isaksson, K. Y Johansson, G.: “Early retirement: positive or netative for well being?”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las organizaciones*, núm. 3, 2008 (ejemplar dedicado a: Modalidades de retiro laboral en Europa: bienestar psicológico y factores psicosociales asociados), págs. 283 y ss.

bien en los años más recientes se ha producido un ligero incremento en la edad media de entrada en la prestación, desde los 63,47 años en 2006 a los 63,66 en julio de 2008, lo cual puede relacionarse con el peso en las altas en jubilación anticipada del grupo de edad de menores de 60 años, que se reduce del 17,5 % de 2003 al 9,3 % en los siete primeros meses de 2008. Por su parte, las altas de jubilación parcial se van incrementando, pasando del 6,2 del total en 2004 al 13,6 % de julio de 2008² y la disposición adicional 14^a de la reciente Ley 20/2007, de 11 de julio, que regula el Estatuto del Trabajo Autónomo no descarta la elaboración de un análisis sobre la necesidad de incentivar el cese anticipado del trabajador autónomo en determinados sectores.

Objetivamente aptos para el trabajo, los mayores de cincuenta años de edad carecen ya de oportunidades reales para mantener o encontrar empleo antes de la jubilación. La salud, el desgaste físico o psíquico, su especial vulnerabilidad por las dificultades de recolocación o reciclaje profesional, constituyen un cúmulo de circunstancias que identifican a estos trabajadores como un colectivo sensible a la desocupación o al cese prematuro. Dicho abandono temprano del mercado de trabajo puede ser resultado de una decisión voluntaria del trabajador –aunque influible por sus expectativas de continuidad de vida laboral–, de una pérdida de empleo sin inserción en el mercado de trabajo –relacionada en muchos casos con la baja empleabilidad derivada de la obsolescencia de la capacidad profesional– o de las medidas de ajuste del empleo en las empresas.

2. MECANISMOS QUE PERMITEN ANTICIPAR –O PSEUDO–ANTICIPAR– LA EDAD DE JUBILACIÓN: PREJUBILACIONES, JUBILACIONES ANTICIPADAS Y AYUDAS PREVIAS A LA JUBILACIÓN ORDINARIA

Las dificultades en el mercado de trabajo y la creciente precarización del empleo quedan traducidas, con relativa frecuencia, no en una combinación de la jubilación con el trabajo sino en una cierta –y nefasta– mezcla de la situación de desempleo prolongado y de jubilación prematura, a través de medidas que, sin adelantar la edad general de retiro, establecen alguna fórmula de prejubilación o de jubilación anticipada³. En concreto, el ordenamiento español ampara

² CES: “Comparecencia del Presidente del CES ante la Comisión Parlamentaria del Pacto de Toledo. Marzo de 2009”, *Cauces*, núm. 8, 2009, págs. 102–103.

³ En definición amplia, sin perjuicio de que legalmente cada término sea utilizado para identificar un supuesto concreto. Molero Manglano, C.: “Régimen jurídico de los planes de prejubi-

diversos mecanismos distintos para lograr la anticipación –real o ficticia– del momento de la jubilación.

El primero es la creación de una situación “puente”⁴ para cubrir socialmente la posición de quien cesa efectivamente en el trabajo antes del cumplimiento de la edad normal de jubilación y sin tener derecho a la correspondiente pensión: a través de una serie de prestaciones económicas sustitutivas del salario, al margen –en principio– del sistema de pensiones de la Seguridad Social (calificadas siguiendo la terminología francesa⁵ de medidas de “prejubilación”) y concedidas a cargo de la empresa, de una entidad o fondo privado o de una entidad o fondo público⁶.

lación”, *AL*, núm. 5, 1994, pág. 67. Una amplia bibliografía ya clásica sobre el tema en Álvarez Alcolea, M.: “Jubilación anticipada y variación de las bases de cotización”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 2, 1979, págs. 119 y ss.; Desdentado Bonete, A.: “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 16, 1981, pág. 218; Martín Puebla, E.: “La jubilación anticipada como instrumento de Política de Empleo y su recepción por la negociación colectiva”, *DL*, núm. 29, 1989, págs. 43 y ss.; Riera Mercader, J.M.: *Jubilarse a los 50: viejos para trabajar, jóvenes para jubilarse*, Madrid (Pirámide), 1999; Molina Navarrete, C.: “Nuevas reglas sobre la ‘jubilación anticipada’: entre solidaridad, irracionalidad y discriminación: Reordenación sistemática y crítica de la más reciente regulación legislativa y negocial”, *La Ley*, núm. 5, 1999, págs. 1861 y ss.; Medina González, M.: *Prejubilación ¿premio o pesadilla?: guía práctica de prejubilación, jubilación anticipada y jubilación*, Jaén (El Olivo), 2001; Pérez Alonso, M^a.A.: “La jubilación anticipada tras el RDL 16/2001, de 27 de diciembre”, *TS*, núm. 136, 2002, págs. 9 y ss.; Fernández Docampo, M^a.B.: “Relaciones jurídicas entre la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo”, en AA.VV. (Borrajó Dacruz, E., Coord.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, págs. 261 y ss. o, por no seguir con una interminable lista, Cavas Martínez, F. y Sánchez Trigueros, C.: “La reforma de la jubilación anticipada y parcial”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008, págs. 617 y ss.

⁴ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: “La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones”, en AA.VV.: *Seminario sobre los sistemas de pensiones y la evolución demográfica*, Madrid (MTSS), 1993, pág. 252.

⁵ Entre muchos que han estudiado el fenómeno de la crisis económica y sus nefastas consecuencias en el empleo en el país vecino en la década de los 80, Kerscehn, N. y Reminiac, H.: “Les systèmes de ‘pré-retraite’. Classification juridique et pratique”, *Droit Social*, núm. 2, 1981, pág. 176; Kerschen, N.: “Cessation anticipé d’activité et droit social”, *Travail et emploi*, núm. 15, 1983, págs. 63 y ss. Gaullier, X. y Gognalons-Nicolet, M.: “Crise économique et mutations sociales, les cessations anticipées d’activité (50–65 ans)”, *Travail et emploi*, núm. 15, 1983, págs. 33 y ss. o Lenormand, F. y Magnier, G.: “Le développement des dispositifs de cessation anticipée d’activité: aspects sociaux et conséquences financières”, *Travail et emploi*, núm. 15, 1983, págs. 47 y ss.

⁶ Gonzalo González, B., Ferreras Alonso, F., González-Sancho López, E. y Tejerina, Alonso, J.I.: “Las jubilaciones anticipadas: panorama general y comparado”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 16, 1982, págs. 308 y ss. y 328 y ss. Sobre la consideración o no de “renta”

El segundo mecanismo es el de la “jubilación anticipada”⁷ propiamente dicha, que supone la percepción –en principio excepcional– de una pensión de jubilación de la Seguridad Social antes de cumplir la edad prevista para ello en función de las actividades profesionales desempeñadas, de los derechos adquiridos bajo el régimen de legislaciones ya derogadas o, simplemente, como medida de fomento de empleo⁸.

Por último conviene mencionar aquellas medidas de derecho transitorio previstas para personas son sesenta años y sin requisito de cotización previa alguno, previstas en los Planes de reconversión industrial bajo la vigencia de la Ley 27/1984 (*ex art. 23, desarrollado por RD 1990/1984, arts. 5 a 9*), que establecía formas especiales de jubilación anticipada a través de ayudas equivalentes a ésta⁹ o de las denominadas “ayudas previas a la jubilación ordinaria” –prestaciones reconocidas por la Seguridad Social a instancia empresarial¹⁰ y calculadas de forma similar a la jubilación anticipada, aplicando a la base reguladora de la pensión de jubilación un determinado porcentaje en función de la edad y los períodos de ocupación cotizados–. Estas últimas no van dirigidas únicamente a aquellas empresas que cumplen con los requisitos exigidos por la Ley de Industria¹¹ sino que de forma genérica cubren a los trabajadores de cual-

de las previstas en el art. 25.1 LGSS de los complementos económicos percibidos por parados que han extinguido su contrato de trabajo en virtud de planes sociales acordados entre empresarios y trabajadores en procedimientos de regulación de empleo pactados o, en todo caso, aprobados o autorizados por la autoridad laboral, Lillo Pérez, E.: “Sobre el subsidio de desempleados mayores de 52 años”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 192, 1995, págs. 1–3 o Toscani Giménez, D.: *El subsidio de prejubilación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, págs. 43 yss.

⁷ García Murcia, J.: “Crisis económica y jubilación anticipada en el ordenamiento laboral español”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la década de los 80. III Coloquio sobre Relaciones Laborales*. Zaragoza (Universidad), 1983, págs. 343 y ss.

⁸ Vid. al respecto, por todos, López Cumbre, L.: “Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento de las jubilaciones anticipadas”, *TS*, núm. 94, 1998, págs. 16 y ss.

⁹ RD 825/1993, de 28 de mayo.

¹⁰ La legitimación para solicitarlas corresponde en exclusiva a la empresa, con el consentimiento del trabajador toda vez que ésta participará en la financiación mixta de dichas ayudas, cuyos beneficiarios percibirán un 75% del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización por contingencias profesionales correspondientes a los seis meses anteriores. Las empresas financiarán el 60% del coste total de la ayuda –que incluye la cotización a la Seguridad Social por el trabajador– y la Administración el 40% restante, pues dichas ayudas sólo podrán ser percibidas si participa la Administración pública, ya estatal, ya autonómica. La prueba manifiesta de su presencia actual en la política de reestructuración empresarial de algunas Comunidades Autónomas en López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., págs. 697–698.

¹¹ Ley 21/1992, de 16 de julio que diseña un modelo de cobertura de prejubilación basado en tres requisitos básicos: 1.– Que los trabajadores cesen en sus empresas como consecuencia de

quier empresa y sector, afectados por un proceso de reconversión y reindustrialización, promoción, modernización y competitividad de empresas y reestructuración industrial.

Reguladas por OM de 5 de octubre de 1994, aún vigente, dispensan una protección semejante a la de la pensión de jubilación anticipada para aquellos trabajadores que no cumplen los requisitos de acceso a esta última. En realidad, son prestaciones que indirectamente sustituyen tanto a las prestaciones de desempleo como a las de jubilación propiamente dichas, continuando el trabajador en alta y cotizando a la Seguridad Social hasta la obtención de la auténtica pensión de jubilación o, en otros términos, conllevan una garantía de recibir una pensión vitalicia adelantada y una mayor calidad de las prestaciones en relación a las auténticas jubilaciones anticipadas¹². Aunque desde la óptica del trabajador beneficiario de las mismas pudiera parecer otra cosa, éste no ostentaría siquiera una auténtica condición de pensionista (a la que, en cambio, podrá acceder posteriormente); antes al contrario, extinguido el vínculo laboral, dichas ayudas económicas¹³ aparecen configuradas como el puente de acceso para la adquisición definitiva de la condición de pensionista por vejez¹⁴.

2.1. El acceso al estatus intermedio o categoría jurídica híbrida de “prejubilado”

Con origen en los procesos extraordinarios de reconversión industrial, los sistemas de prejubilación se han venido generalizando en extremo también para los procesos de reestructuración ordinarios o normalizados. Un plan de prejubilaciones no constituye un negocio jurídico preciso, único y determinado sino que reviste tales dosis de atipicidad y de complejidad que ha llegado a ser calificado de “diseño de ingeniería social”¹⁵ que ofrece cobertura a un estado de

un ERE; 2.–Que ésta presente un programa en el cual se encuentren recogidas expresamente las medidas de prejubilación a adoptar y 3.– Que dichas medidas se limiten a las que se hallen insertas en el marco de la Seguridad Social pública, pudiendo ser completadas por la empresa con pensiones complementarias privadas.

¹² Aparicio Tovar, J. y Olmo Gascón, A.M.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2007, pág. 180.

¹³ “La cuestionada ayuda económica tiene una naturaleza autónoma, no exactamente equiparable a las prestaciones por jubilación del sistema de la Seguridad Social, por razón de su propio fundamento y finalidad, constituyendo propiamente una prestación–puente que permite al trabajador causar derecho a la pensión de jubilación al llegar la edad reglamentaria”, STS 31 enero 1992 (RJ 141).

¹⁴ Barrios Baudor, G.L. y Sempere Navarro, A.V.: *La jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, Elcano (Aranzadi), 2000, pág. 54.

¹⁵ Si bien un plan de prejubilación típico comienza con un expediente de regulación de empleo para la extinción de contratos de trabajo, como consecuencia del cual se declara a los

necesidad muy próximo al originado por el desempleo y por la jubilación, compartiendo con ambos rasgos comunes y situándose entre los dos, a falta de un régimen propio, como un “híbrido jurídico”¹⁶.

Unida en unos casos a la reestructuración de los distintos sectores (agricultura¹⁷, pesca¹⁸, minería¹⁹ o industria) o convertida en uno de los ejes centrales de las sucesivas reformas generales de la protección social, la prejubilación viene sirviendo desde antaño como fórmula de alivio del trauma que supone retirar definitivamente del mercado de trabajo a los activos mayores de cincuenta y dos años.

La dimensión colectiva y especial significación que la crisis empresarial adquiere en las prejubilaciones programadas propicia que sea el expediente de regulación de empleo la fórmula que mejor se adapte a la consecución de una prestación de prejubilación como renta de sustitución y, por lo tanto, al nivel

trabajadores afectados en situación legal de desempleo, ello no obstante, aquéllos pasan a disfrutar durante dos años el desempleo contributivo y solicitan, una vez agotado el mismo, el subsidio de desempleo para percibirlo hasta los 60 años, edad en que se procede a la jubilación anticipada con la pensión reducida en los términos de la Orden de 18 de enero de 1967. Molero Manglano, C.: “Régimen jurídico de los planes de prejubilación”, cit., págs. 65 y ss.

¹⁶ López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., pág. 695, quien la define como “situación, de hecho o de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”, en su ya clásica obra *La prejubilación*, Madrid (Civitas-UAM), 1998, pág. 86. La propia jurisprudencia, al considerar el subsidio de prejubilación como un híbrido entre el nivel contributivo y el asistencial admite que el beneficiario posea un patrimonio “nada desdeñable” si sus rentas no rebasan el límite legal establecido.

¹⁷ En dicho sector cada año y con base en la normativa comunitaria suelen aprobarse ayudas de cese anticipado en el sector –tanto para los cedentes de las tierras como para los trabajadores cuyos titulares cesen en la actividad agraria–, dirigidas a modernizar la agricultura, retirando de la actividad del cultivo aquellas tierras ya improductivas que pueden ser destinadas a otros fines, ex RD 5/2001, de 12 de enero. Un excelente análisis del soporte comunitario en Borrajo Dacruz, E.: “Régimen jurídico de la jubilación anticipada en la titularidad de las de las explotaciones agrarias: CEE y España”, *AL*, núm. 3, 1998, págs. 751 y ss.

¹⁸ Las medidas de carácter socioeconómico para el sector han sido aprobadas por RD 1473/2004, de 18 de junio, que modifica el RD 3448/2000, de 22 de diciembre.

¹⁹ El régimen específico de ayudas por costes laborales en materia de prejubilación está actualmente regulado por RD 808/2006, de 30 de junio. Un estudio en profundidad de los programas precedentes en el sector en Martínez Barroso, M^a.R. y Rodríguez Escanciano, S.: *La minería del carbón. Bases jurídicas para su reordenación*, León (Universidad), 2000, especialmente págs. 93 y ss.

óptimo pretendido²⁰. Por regla general, la prejubilación constituye una oferta colectiva y específica, dirigida a un número plural de trabajadores pero en relación a un colectivo concreto, los de edad madura, sin que necesariamente tenga que mediar la intervención de los representantes de los trabajadores, pese a que el carácter colectivo de tales ofertas la haga aconsejable²¹. La práctica demuestra que los prejubilados ya no regresan al mercado de trabajo y legislador, consciente de ello, fuerza una cobertura “inusitadamente amplia” como la del subsidio de prejubilación –de trece años de duración– dentro de la protección por desempleo, pervirtiendo su naturaleza de protección transitoria ente un empleo y otro²².

El supuesto típico comienza con un ERE para la extinción de contratos de trabajo como consecuencia del cual se declara a los trabajadores afectados –con una media de edad, real o teórica, que oscila entre los cuarenta y ocho y cincuenta y cuatro– en situación legal de desempleo, pasando a disfrutar durante dos años de las prestaciones por desempleo contributivo y solicitando, una vez agotado el mismo, el subsidio de prejubilación para percibirlo hasta los 60 años (edad en que accede a la jubilación anticipada con la pensión reducida –o a las ayudas previas a la jubilación–) o hasta los 65 (jubilación ordinaria). El hecho de que la normativa reguladora del subsidio de prejubilación estableciera que el derecho se mantendría hasta que el beneficiario alcanzase la edad para acceder a cualquier tipo de jubilación abrió la controversia de si la posibilidad de acceder a una pensión de jubilación anticipada extinguía la percepción del subsidio pertinente²³, actualmente superada por el tenor literal del art. 215.1.3

²⁰ Interesantes reflexiones al respecto en Menéndez Sebastián, P.: “La jubilación como instrumento de saneamiento empresarial: el retorno a la ‘jubilación forzosa’ y el juego de la jubilación anticipada”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2006, págs. 1197 y ss.

²¹ Como acuerdo consensuado entre trabajador y empresario que es, no requiere dicha conformidad. Un detenido análisis del procedimiento en Martínez Barroso, M^a.R.: “Instrucción y resolución del expediente”, en AA.VV. (Fernández Domínguez, J.J., Dir.): *Expedientes de regulación de empleo*, Cizur Menor (Civitas/Thomson–Reuters), 2009, págs. 185 y ss.

²² López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., pág. 706.

²³ Para algunos, la jubilación anticipada no podía ser uno de los tipos de jubilación que pedía el precepto legal, so pena de convertir la pensión en mínima por efecto de la aplicación de los coeficientes reductores. Por el contrario otros interpretaron lo contrario, y así lo avaló el propio Tribunal Supremo en SSTS 2 febrero y abril 1994 (RJ 839 y 2971) y 3 octubre 1995 (RJ 7098), bajo el argumento de que la Exposición de Motivos de la Ley 31/1984 estaba pensando en enlazar con la edad de sesenta años, esto es, con una edad mínima de jubilación con coeficientes reductores, no con la edad normal de sesenta y cinco años.

LGSS que refiere dicho límite al acceso “a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”²⁴.

Las empresas completan estas prestaciones públicas con complementos privados²⁵ –debidamente exteriorizados para evitar que sus vicisitudes internas impidan a los trabajadores su percepción²⁶– al objeto de mantener su poder adquisitivo²⁷ y financian o abonan directamente el mantenimiento de un convenio especial para que el trabajador siga cotizando a la Seguridad Social²⁸ y evite merma alguna en su futura pensión de jubilación, materia en la cual la Ley 35/2002 ha modificado un aspecto de interés al permitir que la empresa financie como titular el convenio especial que garantiza la cotización del trabajador durante su situación de prejubilado²⁹.

²⁴ Interpretando tal referencia en el caso concreto de la extinción del subsidio “como la pensión de jubilación a la cual se puede acceder cuando se cumpla la edad ordinaria de jubilación, es decir, los sesenta y cinco años”, considerando que el hecho de proceder a la extinción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años al llegar a la edad para poder disfrutar de una jubilación anticipada configura para su titular una auténtica jubilación forzosa en la práctica, Toscani Giménez, D.: *El subsidio de prejubilación*, cit., pág. 88

²⁵ Martínez Barroso, M^a.R.: “Complemento o mejora de las prestaciones de prejubilación pactadas “con cargo a la cuenta de resultados”. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de enero de 2007”, AS, núm. 19, 2008, págs. 51 y ss.

²⁶ Hasta la nueva Ley de Planes y Fondos de Pensiones (RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre), contingencias protegibles eran tanto la jubilación como las “situaciones asimilables” a la misma, en la que tenía plena cabida la prejubilación, pero con la nueva la situación cambia pues, de acuerdo con el art. 8.6 a) de la misma, la contingencia cubierta es únicamente la jubilación, si bien admite que pueda anticiparse la percepción de la pensión a partir de los 60 años de edad (abarcando así la jubilación anticipada). La cobertura de la prejubilación vendrá, sin embargo, a través de la aceptación de la posibilidad de que los planes de pensiones puedan prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación cuando el partícipe, “cualquiera que sea su edad” extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo como consecuencia de un ERE. Sobre el particular, López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., pág. 704, quien considera cómo de esta manera se viene a “reubicar” la prejubilación entre los mecanismos de externalización de los compromisos por pensiones, soportando, como el resto de las contingencias, la retención empresarial ante tal proceso pues, a diferencia de los antiguos fondos internos, el control económico y financiero de estas medidas se hace más difícil al ser gestionado no por actores internos de la empresa sino por compañías aseguradoras o gestoras de pensiones, ajenos al interés de la misma.

²⁷ Situación constantemente descrita por la jurisprudencia cuando resuelve conflictos en torno a los planes de prejubilación. Sirvan de ejemplo, entre los más recientes pronunciamientos, las SSTs 26 marzo 2007 (RJ 3032); 6 ó 28 junio 2007 (RJ 6230 y 6724).

²⁸ Al respecto, la monografía fundamental es la de Arufe Varela, A.: *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 2003.

²⁹ En concreto, el art. 7 de la Ley 35/2002 añade una nueva disposición adicional 31^a LGSS en virtud de la cual los EREs de empresas no incurso en procedimiento concursal que incluyan

La prejubilación supone así el retiro profesional del trabajador comprendido entre 50 o 52 años –algunos planes la prevén a edades inferiores– y 59 para ubicarle en una situación intermedia entre la plena ocupación y la condición de pensionista; la jubilación anticipada sólo será posible a partir de los 60 años y supondrá, si bien precozmente, el acceso definitivo a la condición de pensionista, aunque con pensión reducida sobre la cuantía que a ese mismo trabajador y en esa misma empresa hubiera correspondido de permanecer en activo hasta los 65 años o la edad de jubilación ordinaria u obligatoria que fuere de aplicación.

Surge así un nuevo estatus intermedio –o categoría jurídica híbrida– dentro de la vida laboral de los trabajadores: el de “prejubilado”, pues en realidad no se trata de un desempleado, ni de un jubilado, ni de un demandante de empleo, ni de un inválido, ni de un enfermo. El prejubilado no es un asalariado, ya que no tiene contrato de trabajo; no es un jubilado, puesto que accederá a esta prestación cuando finalice la prejubilación; pero tampoco es un desempleado, toda vez que tras su salida no persiste la búsqueda de un empleo. Sólo “impropia y desajustadamente” sirve el desempleo como cobertura a la prejubilación. “Impropiamente”, porque genera una protección destinada a garantizar la situación de quienes pudiendo y queriendo trabajar pierden su empleo y no encuentran otro pero no para cubrir a quienes han abandonado definitivamente el mercado de trabajo. “Desajustadamente” porque al no estar previsto para semejante contingencia, las modalidades que amparan a este colectivo lo hacen de forma insuficiente y con dificultades de adaptación en la práctica³⁰, provocando con ello una suerte de “travestismo normativo”³¹.

No obstante, nada impide afirmar –e incluso en ocasiones la práctica obliga a admitir– que, *de facto*, los trabajadores están “compelidos”, la mayor parte de las veces, a aceptar la prejubilación como salida ventajosa de la empresa. Son,

trabajadores con cincuenta y cinco años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, incluirán la obligación de la empresa de abonar las cuotas destinadas al convenio especial. Esta nueva regulación ha sido desarrollada por la norma que regula el convenio especial, esto es, por la Orden TAS 2865 de 13 de octubre de 2003.

³⁰ Las consecuencias de esta confusión de riesgos ya fueron puestas de manifiesto por la primera doctrina que estudió el fenómeno allá por los años 80. Destacadamente, García Fernández, M.: “El Derecho del Trabajo en la recesión económica española”, en AA.VV.: *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la década de los 80*, cit., pág. 318 o González González, B.; González-Sancho López, E.; Tejerina Alonso, J.I.; Ferreras Alonso, F. y De La Peña Rosino, P.: “La protección de la vejez y de la prevejez”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 6, 1980, pág. 241.

³¹ López Cumbre, L.: *La prejubilación*, cit., pág. 125.

en definitiva, “voluntarios con carácter forzoso”³² que optan por beneficiarse de una prejubilación, pues tal vez mañana se vean sorprendidos por un despido, convirtiéndose este fenómeno en una nueva forma de representación del final de la vida activa concebida como tiempo de “negociación del derecho al trabajo”³³.

2.2. La prejubilación como instrumento regulador del mercado de trabajo y su impacto social

Debe quedar claro que estas ayudas, previstas en relación con procesos de reconversión, estructuración o reordenación de plantillas, no actúan como mecanismos de uso flexible de la edad de jubilación sino como mecanismos de protección extraordinarios destinados a amortiguar los efectos de los ajustes de plantillas³⁴ y a facilitar su aceptación por los afectados. La jubilación, además de una función protectora y de una función social, está adquiriendo, de este modo, en medida apreciable, una función económica secundaria de regulación del mercado de trabajo³⁵. El perfil de la vida activa de una persona termina en el momento de la jubilación y el influjo normativo sobre dicho momento constituye, coherentemente, uno de los instrumentos disponibles en la regulación jurídica del mercado de trabajo³⁶. Lo que apareció como coyuntural –en el seno de una política de reconversión que afectó a sectores diversos³⁷–, está deviniendo elemento estructural, provocando para los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración empresarial o de reducción de personal un adelantamiento de la edad de cese efectivo en el trabajo, jugando un papel muy signi-

³² Aznar, M. y Casado, J.: *Perspectivas de la Seguridad Social española*, Madrid (Acebo), 1988, pág. 5.

³³ Guillermand, A.M.: “La dynamique sociales des cessations anticipées d’activité”, *Travail et Emploi*, núm. 15, 1983, pág. 29.

³⁴ Sagardoy Bengoechea, J.A.: “Medidas laborales y de Seguridad Social en la reconversión industrial”, *DL*, núm. 12, 1984, págs. 7 y ss.

³⁵ Dicha proyección social en CES: *Vida laboral y Prejubilaciones*, Madrid (CES), 2000.

³⁶ Martín Valverde, A.: “Las pensiones de la Seguridad Social: su dimensión jurídica”, en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), 1999, pág. 39.

³⁷ Acero, calzado, cobre, componentes electrónicos, construcción naval, electrodomésticos de línea blanca, equipos eléctricos de automoción, fertilizantes, forja pesada, siderurgia integral, textil, minería... Vid. pormenorizado estudio de las medidas laborales adoptadas en las diversas etapas de la política de reconversión en la década de los 80 realizado por Navarro Arancegui, M.: *Política de reconversión: balance crítico*, Madrid (Eudema), 1989, págs. 30, 66, 92, 143, 228 y ss.

ficativo en la facilitación de ceses anticipados, ventajosos o no para los afectados, pero gravosos en todo caso para las empresas o para las finanzas públicas, incluidas las de la Seguridad Social.

Al margen del fenómeno de crisis ocupacional, que ha favorecido la tendencia a un reparto del empleo escaso en favor de los más jóvenes, las empresas (con alguna complicidad sindical) muestran una clara tendencia a favorecer la salida del mercado laboral de estos trabajadores, incluso en situaciones que no pueden definirse de reestructuración empresarial o de reducción de personal, quizás por sobreentender la existencia de una disminución de la productividad a partir de cierta edad, o de un incremento de costes por este motivo o por las mayores dificultades de readaptación de la mano de obra madura³⁸.

Con todo, el elenco más numeroso de medidas de este tipo ha sido adoptado en relación con empresas en crisis y procesos de reconversión a través de sistemas que permiten a los trabajadores de edad avanzada –aunque a veces no tanto– cesar total o parcialmente en su actividad laboral antes de la edad normal de jubilación, con la garantía de unos recursos cercanos a los que les corresponderían en caso de que aquélla se hubiera producido³⁹.

Absolutamente relevante para la Seguridad Social resulta ponderar la incidencia de las medidas de jubilación anticipada (o de “prejubilación”, en definición amplia, sin perjuicio de que legalmente el término sea utilizado, como se ha visto, para identificar un supuesto concreto⁴⁰), pues no constituye un problema menor ni meramente coyuntural, sino común a los países del entorno

³⁸ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M.: “La flexibilización de la edad de jubilación en el sistema español de pensiones”, cit., pág. 249.

³⁹ Monereo Pérez, J.L.: *Las reconversiones industriales en el Derecho del Trabajo*, Granada (Universidad), 1988, págs. 135 y ss. o García Becedas, G.: *Reconversiones industriales y ordenamiento laboral*, Madrid (Tecnos), 1989, especialmente págs. 157–168 y 224–229.

⁴⁰ A efectos expositivos algunos autores consideran más adecuada esta calificación por estimar que constituye “una fórmula dinámica de ‘desenganchar’ al trabajador progresivamente de la relación de trabajo y ‘engancharle’ sucesivamente hacia la jubilación”, Planteligne, M.: “La préretraite”, *Mémoire DEA Economie du travail et des ressources humaines*, París (Univerité París, 1) 1981, pág. 65.

español, perfectamente delimitado en el país vecino⁴¹ e incluso en el mundo oriental⁴² y cuyas cifras no han dejado de aumentar.

Ni que decir tiene que en la mayor parte de los países la reciente tendencia a la disminución de la edad de jubilación se vincula directamente al aumento del paro; al remitir a los trabajadores a la jubilación anticipada se espera liberar el empleo en favor de los parados, cuyo número debería disminuir en la misma proporción. Pero ésta no pasa de ser mera hipótesis porque para medir el impacto de tal medida sobre el volumen de desempleo es necesario saber cuáles son las condiciones de la jubilación y de su anticipación: si los trabajadores de edad madura son libres de continuar o de acogerse a la misma; si la alternativa de jubilación anticipada resulta o no atractiva; si los empleadores son estimulados o incluso forzados a sustituirlos; si se permite a los jubilados emprender otra actividad; cuáles sean las posibilidades reales para los mismos de volver a encontrar un empleo a tiempo completo o a tiempo parcial, etc.

Son muchos, sin duda, los inconvenientes que pueden predicarse de las prejubilaciones⁴³. La experiencia muestra cómo apenas un 50 por 100 de las mismas son sustituidas por nuevos empleos, acentuándose el índice de prejubilados que no liberan en realidad sus empleos y continúan trabajando en el mercado paralelo como trabajadores clandestinos. A la vista de tales datos no faltan voces que ponen en tela de juicio la racionalidad económica y social de

⁴¹ Así en Francia, donde la configuración del sistema de prejubilación, definido de forma amplia, se encuentra perfectamente delimitado en dos grandes bloques. De una parte se hallan las medidas adoptadas en el seno de un acuerdo con el Fondo Nacional de Empleo (FNE), uno de los más importantes órganos de la Administración en la política de empleo. Se trata, en concreto, de dos mecanismos distintos. De un lado, la denominada “prestación especial”, ya sea como consecuencia del final de la relación laboral, ya derivada de la transformación de la jornada completa en jornada parcial; y el “contrato de solidaridad de prejubilación progresiva”, como adaptación continuada y no traumática del trabajador a la inactividad laboral por cumplimiento de la edad de jubilación. Ambas fórmulas están financiadas por el Estado a través de los impuestos que pesan sobre todos los ciudadanos. De otra, el seguro de desempleo, pues a su través una persona de edad avanzada puede percibir una indemnización por desempleo bien hasta conseguir beneficiarse de alguna de las ayudas del FNE, bien hasta obtener su pensión de jubilación (en este supuesto la financiación se produce gracias a las cotizaciones de empresarios y trabajadores a la contingencia de desempleo). Vid. estudio pormenorizado de cada uno de ellos realizado por López Cumbre, L.: “El sistema de “prejubilación” en Francia, una experiencia de muchos años”, *RTSS*, núm. 1, 1991, págs. 47 y ss. o Heller, J.L.: “La retraite anticipée: choix ou contrainte”, *Economie et Statistique*, núm. 193–194, 1986, págs. 97–109.

⁴² Vid. Schinichi, O.: *Pension and employment policy for the aged in an active society*, Lovaina (tesis), 1986, pág. 219.

⁴³ Burkhauser, R.U. y Turner, J.A.: “Social Security, preretirement, labour and saving: a conformation and critique”, *Journal of Political Economy*, 1980, vol. 90.

las propuestas concebidas para paliar los problemas –calificados de “relativamente coyunturales”⁴⁴ del paro mediante la jubilación anticipada: de una parte, porque es una solución de medio a corto plazo (pero de efectos permanentes con normal traducción en un aumento continuo del tipo impositivo de las cotizaciones a la Seguridad Social); de otra, porque constituye una medida no simétrica, en tanto la simetría exigiría que en épocas de escasez de mano de obra fuese posible aumentar los topes de jubilación forzosa y voluntaria⁴⁵; y ello por más que tal resolución implicase la reducción en el disfrute de la pensión y la propia rentabilidad individual del sistema de pensiones, convertida así en una medida impopular y rechazada por los votantes más próximos a la jubilación.

En cuanto a la estructura del mercado de trabajo se refiere, los parados se sitúan normalmente en categorías profesionales diferentes de los prejubilados que salen del mismo. Su nota de irreversibilidad hace que la prejubilación sea considerada como un derecho adquirido y difícil de abolir cuando la situación del mercado de trabajo haya cambiado totalmente, a la vez que puede suponer un riesgo de exclusión de los trabajadores de edad madura con la consecuencia –no deseada– de que el sistema llegara a desembocar en una pérdida de posibilidades de trabajo y de calidad de vida para aquéllos⁴⁶. Quizá por ello la opción del Estado español en favor de la prejubilación ha sido calificada como “carga indebida para la Seguridad Social”⁴⁷, cuando el resto de los Estados están estudiando la ampliación de la edad de jubilación, resultando incluso más anacrónico si se tiene en cuenta que (de hecho) se está “financiando con un seguro de desempleo de transición más generoso y universalizado que el genuino”⁴⁸; y todo sin perder de vista la estrecha dependencia de la estabilidad financiera de la Seguridad Social respecto de las decisiones adoptadas en otros campos de la

⁴⁴ Casahuga Vinardell, A.: “Análisis económico, reforma del sistema de pensiones de la Seguridad Social”, *HPE*, núm. 70, 1981, pág. 228.

⁴⁵ Esta misma idea es la que propugnan como solución Monasterio Escudero, C. y Suárez Pandiello, J.: “Gasto social en pensiones”, *HPE*, núms. 120–121, 1992, págs. 119 y ss., quienes señalan que, ante la imposibilidad de distribuir los riesgos de forma más equitativa entre las generaciones (pues España tiene un contrato intergeneracional tipo posición relativa fija), cabría entender posible desplazar la edad de jubilación de los 65 a los 67 años para así corregir la relación cotizantes–beneficiarios.

⁴⁶ Kühlewind, G.: “La edad flexible de la jubilación: ociosidad forzosa u oportunidad”, AA.VV.: *Seguridad Social, paro y jubilación anticipada*. Ginebra (AISS), 1985, págs. 20–27.

⁴⁷ Gonzalo González, B.: “Las pensiones de la Seguridad Social y el déficit público”, *PEE*, núm. 23, 1985, pág. 153.

⁴⁸ Herce San Miguel, J.A.: “Jubilación y pobreza: desafíos actuales de la Seguridad Social en España”, *PEE*, 30–31, 1986, págs. 357–358.

actividad económica, tales como las contrataciones bonificadas o los fondos de lucha contra el desempleo⁴⁹.

En definitiva, como se ha planteado con acierto, quizás haya llegado el momento, superados los problemas iniciales, de plantear un régimen común básico para todas las situaciones de prejubilación en el que se integren todas las especificidades necesarias pues, de lo contrario, seguirá proliferando un sistema inconexo, heterogéneo, contradictorio y con marcadas diferencias en la protección social de los trabajadores. El reconocimiento legal de esta contingencia y de su prestación reduciría el coste de estos procesos toda vez que permitiría eludir alguno de los conflictos planteados en la actualidad ante los órganos judiciales a la vez que su reconocimiento autónomo evitaría soluciones disfuncionales que pueden aparecer como consecuencia de la cobertura impropiamente descrita⁵⁰.

2.3. Últimas tendencias en materia de jubilación anticipada

Dicha denominación se reserva para aquellas situaciones (formalmente excepcionales y con importantes repercusiones en la cuantía de la pensión) en las cuales el ordenamiento prevé el retiro y la posibilidad de acceso a la pensión de jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria fijada para ello tanto en el Régimen General⁵¹ como en los Especiales.

⁴⁹ González Rabanal, M^a. C.: *La reforma financiera de la Seguridad Social*, Madrid, (Montecorvo), 1988, pág. 154.

⁵⁰ López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., págs. 711-712.

⁵¹ En el cual podría destacarse la jubilación anticipada a partir de los 60 años para los trabajadores integrados en RENFE con anterioridad al 14 de julio de 1967 o a FEVE y a las Compañías Concesionarias de Ferrocarriles de uso público antes del 19 de diciembre de 1969, bien que con una reducción en la cuantía de la pensión de jubilación del 8 –o 7%– por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años (disposición transitoria segunda.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre (RDI) y OM 30 noviembre de 1987). La jubilación anticipada a partir de los 60 años de los artistas en general sin necesidad de acreditar cotizaciones al Mutualismo Laboral, aunque con una reducción del 8% por cada año que le falte al trabajador para cumplir los 65 años –si bien los cantantes, bailarines y trapezistas pueden llegar a jubilarse a partir de dicha edad sin que deba aplicarse reducción alguna en la cuantía de la pensión causada (art. 11 RDI)–, en fin, la jubilación anticipada a partir de los 60 años de los mozos de estoque, de rejonos y sus ayudantes sin necesidad de acreditar cotizaciones al Mutualismo Laboral, aunque también aquí con una reducción del 8% por cada año que le falte al trabajador para cumplir los 65 años. Ello no obstante, acreditando su participación en un número determinado de festejos, los puntilleros también pueden acceder a la pensión de jubi-

Tal jubilación anticipada tradicionalmente ha sido regulada como una opción voluntaria por parte del trabajador en una norma provisional cuyo origen se remonta al Mutualismo –amparando derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores⁵² y que respondía a una situación del mercado de trabajo de casi pleno empleo, fomentando de esta manera la expulsión de trabajadores de edad del proceso productivo.

No obstante, y en línea de coherencia con el carácter flexible que quiere adquirir hoy la decisión individual de jubilarse, la regulación vigente ha generalizado esta posibilidad de jubilación anticipada a todas las personas mayores de sesenta y un años a través de un derecho condicionado al cumplimiento de determinados requisitos –inscripción como demandante de empleo seis meses antes, treinta años de cotización mínima y cese involuntario en el empleo (art. 161 *bis.2* LGSS)⁵³– y no y sólo, como ocurría antes de la Ley 35/2002, a quienes hubieran cotizado antes del 1 de enero de 1967.

Si bien tal medida ocasiona perjuicios directos a la Seguridad Social cabe reseñar cómo éstos se atenúan al trasladar el coste principal a los propios trabajadores, reduciéndoles un determinado porcentaje (7,5%; 7%; 6,5% o 6%, en función de los años cotizados) la base reguladora por cada año de anticipación sobre la edad legal de 65 años, porcentaje que desde el punto de vista estrictamente actuarial resulta considerablemente elevado⁵⁴.

En esta modalidad de jubilación anticipada, la reforma operada por Ley 40/2007 viene a introducir leves cambios con un claro objetivo de resolver diversos problemas planteados en los últimos años respecto de una figura que mantiene prácticamente los mismos rígidos requisitos exigidos a los trabajadores que pretendan acceder a la misma. Las modificaciones incorporadas a

lación a partir de dicha edad aunque sin reducción alguna de su cuantía; tratándose de matadores de toros, rejoneadores y novilleros o banderilleros, picadores o toreros cómicos, la edad de jubilación puede rebajarse, igualmente sin que deba aplicarse reducción alguna en la cuantía de la pensión causada, a los 55 años (art. 18 RDI). Para un análisis en profundidad de sus particularidades vid. Barrios Baudor, G. y Sempere Navarro, A.V.: *La Jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social*, cit., págs. 253 y ss.

⁵² Pues el art.57 del Reglamento General del Mutualismo Laboral de 10 de septiembre de 1954, fijaba los 60 años como edad para acceder a la pensión de jubilación

⁵³ La normativa ha introducido “dos regulaciones distintas” porque entiende que los que fueron mutualistas y los no mutualistas son colectivos distintos y merecen un tratamiento dispar. Este es el supuesto planteado en la STSJ Cataluña 14 enero 2005, Vol. I, T.XV, págs. 3193 y ss.

⁵⁴ Interpretando que al considerarse los años completos para determinar el coeficiente aplicable a la pensión se produce una quiebra en la regla en materia de jubilación por la que para calcular el porcentaje aplicable a la base reguladora “cualquier fracción se asimilaba a un año completo”, Fernández Avilés, J.A.: “Las jubilaciones anticipadas”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L. y García Ninet, J.I., Dirs.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones* Granada (Comares), 2004, pág. 192.

nivel legal fueron diseñadas en sus líneas generales en el seno del diálogo social (punto IV.2 del Acuerdo de 2006) y pueden quedar resumidas como sigue:

1º) En relación con los coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, en los supuestos de extinción no voluntaria de la relación laboral se prevé una rebaja del 8 al 7,5% para todos los trabajadores que acrediten entre 30 y 34 años de cotización, por cada año que falte para el cumplimiento de los 65 años de edad. Mediante dicha modificación legal se pretende corregir la injusticia provocada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, cuando aplicó el coeficiente reductor histórico del Mutualismo Laboral del 8% a quien acreditara el período de carencia de treinta años, sin tener en cuenta su esfuerzo contributivo a lo largo de la vida laboral.

2º) En cuanto hace a la carrera asegurativa de los mutualistas, la nueva disposición transitoria 3ª LGSS viene a reducir los anteriormente exigidos treinta y un años a treinta, para poder aplicar el coeficiente reducido del 7,5 %, a la vez que para el cómputo de los años de cotización manda tomar como referencia los años completos, sin equiparar a un año la fracción del mismo⁵⁵.

3º) Concreta la necesidad de adopción de medidas de mejora de las pensiones causadas antes de 1 de enero de 2002 por trabajadores con sesenta o más años que hubiesen sido despedidos y accedido a la jubilación anticipada, acreditando treinta y cinco o más años de cotización, a través de la incorporación a la pensión que se venga percibiendo de una cantidad a tanto alzado.

4ª) Precisa que deberá calificarse de modo indubitado como involuntaria la extinción de la relación laboral producida en el marco de los expedientes de regulación de empleo, a los efectos de la aplicación de las reglas de Seguridad Social sobre jubilación anticipada. De esta manera se viene a incorporar la doctrina legal⁵⁶ que ha puesto de manifiesto las diferencias existentes entre el expediente de regulación de empleo y el cese derivado de un acuerdo individual de prejubilación adoptado por voluntad conjunta de empresario y trabajador⁵⁷

⁵⁵ Asumiendo así la doctrina jurisprudencial, entre otras, de STS 24 enero 1995 (TOL 237043).

⁵⁶ En la doctrina, Galiana Moreno, J.Mª.: “Consideraciones sobre las medidas de reforma de la Seguridad Social del acuerdo de 13 de julio de 2006”, *Foro Seguridad Social*, mayo 2007, pág. 158.

⁵⁷ A partir de doctrina contenida en STS 25 octubre 2006 (RJ 8262.), reiterada en STS 17 enero 2007 (RJ 2040), considerando que cuando la extinción se recoge en un ERE y cuando la jubilación viene precedida por una situación de desempleo “que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado en la pérdida de la ocupación... no puede hablarse de que el origen de la prejubilación sea voluntario sino de la aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario en el marco de un expediente de regulación de empleo, decisión que impone al trabajador tras un intervalo de desempleo involuntario, una jubilación asimismo involuntaria”.

y a reparar por el legislador los daños causados por una jurisprudencia que afortunadamente ha modificado su tendencia⁵⁸.

La regulación resultante es en cierto modo ambivalente pues, de un lado, no se quiere desincentivar en exceso la jubilación anticipada por sus beneficios para los reajustes empresariales y para guardar cierta línea de coherencia con las exigencias comunitarias de favorecer la jubilación flexible pero, al tiempo, tampoco se quieren dar excesivas facilidades al objeto de promover la continuidad de los trabajadores en su actividad profesional, atendiendo a la política jurídica predominante por razones de viabilidad del sistema⁵⁹.

A nivel estadístico las jubilaciones anticipadas han mostrado por primera vez en varios años un ligero descenso (del 2,3 %), disminución que refleja el menor volumen de jubilaciones anticipadas con coeficiente reductor, que pasan de representar el 28 al 26 % del total, puesto que las demás modalidades han seguido aumentando⁶⁰. Y parece, además, que tales cifras pueden seguir en aumento de cumplirse la previsión de la disposición adicional. 7^a de la Ley de medidas en materia de Seguridad Social sobre “aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos”, al establecer que, en el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes, precisándose adicionalmente que “en dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías” señaladas.

Resultan de especial interés al respecto –y sobre ellos se incidirá con posterioridad–, tanto el art. 67.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico

⁵⁸ López Cumbre, L.: “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., pág. 713.

⁵⁹ Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: *Manual de Seguridad Social*, 4^a ed., Madrid (Tecnos), 2008, pág. 323.

⁶⁰ CES: *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2007*, Madrid (CES), 2008, pág. 726.

del Empleado Público (completado con su disposición adicional.6ª, en virtud de la cual se establece el compromiso del Gobierno de presentar en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos) y el art. 26.4 de la citada Ley 55/2003.

3. COEFICIENTES REDUCTORES DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

A salvo de la premisa anterior queda la vía tradicional y selectiva de alegar trabajos penosos, tóxicos e insalubres en ciertos sectores productivos predeterminados con la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación para establecer fórmulas de retiro anticipado (trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, mineros, personal de vuelo, bomberos...). Conviene subrayar que se trata de una reducción de la edad ordinaria de jubilación y no de una anticipación de la misma⁶¹. Es decir, que la edad ordinaria de jubilación se establece por la norma aplicable de Seguridad Social, en función del grupo, de la actividad, así como del régimen jurídico en que se encuentre encuadrado el trabajador⁶². Por tanto, más que de una jubilación anticipada debe hablarse de una jubilación ordinaria a partir de una edad reducida, pues aunque la jubilación tiene lugar con antelación a la establecida con carácter general, esa edad reducida es la que se considera como ordinaria respecto a determinados colectivos profesionales, y por eso, al cumplir tal edad el trabajador se jubila sin la aplicación de coeficiente reductor alguno a la cuantía de la pensión, con la condición de que haya trabajado durante un período mínimo de tiempo en la actividad por la cual se considera esa reducción de edad⁶³.

⁶¹ La distinción entre adelantamiento de la edad de jubilación y jubilaciones anticipadas parece consolidada en la doctrina. Cfr. López Gandía, J.: "Jubilación anticipada y política de empleo", *JSSS*, núm. 12, 1981, pág. 366; González Ortega, S.: "La anticipación de la edad de jubilación", *Revista de Seguridad Social*, núm. 36, 1987, págs. 7 y ss. o Salvador Pérez, F.: *La jubilación laboral: configuración y modalidades*, Tesis doctoral, Sevilla, 1991, págs. 548 y ss.

⁶² Cavas Martínez, F. y Sánchez Trigueros, C.: "La reforma de la jubilación anticipada y parcial", en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras...*, cit., pág. 635.

⁶³ Salvador Pérez, F. y Blasco Rasero, C. en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., Dir.): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2003.

Parece lógico, en principio, y así lo han venido entendiendo los diversos ordenamientos jurídicos, que pueda variarse el número de años requeridos para acceder a la pensión de jubilación en función del grado de penosidad e insalubridad del trabajo, al igual que puede reducirse la edad de la jubilación para tales ocupaciones; y ello pese a la dificultad de medir el grado de dureza de un empleo y la práctica imposibilidad de llegar a individualizar esta adaptación, que hace imprescindible proceder, en todo caso, con categorías más o menos amplias, mediante las cuales se tratarán en pie de igualdad ocupaciones que de hecho son muy diferentes.

La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones (que a menudo se otorga para una diferenciación profesional de la edad de jubilación o del número de años de seguro requeridos) es, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista. Las distinciones establecidas en algunos sistemas –entre ellos el español– derivan de categorías amplias de cotizaciones, caracterizadas más bien por la naturaleza de la actividad (trabajadores de la minería, marina mercante o industrias energéticas, etc.) que por la índole del trabajo desarrollado; y, sin duda, dentro de dichas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los empleados (pues en las minas, por ejemplo, junto a los duros trabajos de interior, desarrollan su actividad los mecánicos de superficie y el personal administrativo, cuyas condiciones de trabajo no son claramente diferentes de las existentes en los demás sectores económicos)⁶⁴.

Esta incontestable realidad puede llevar a encuadrar estas excepciones no en el seguro de vejez sino en el de invalidez o incapacidad para trabajar⁶⁵: si por la naturaleza penosa del trabajo, por la débil salud del interesado o por la combinación de ambas circunstancias, el estado físico y/o psíquico del trabajador se ha deteriorado de tal modo que no puede continuar trabajando hasta la edad normal o el número de años exigidos para la jubilación, tendrá derecho a una pensión de incapacidad permanente. Esta será, en la mayor parte de los casos, tan ventajosa –y en algunos más– que la propia pensión de jubilación, teniendo en cuenta, además, que el período indemnizado bajo este régimen será asimilado, por lo general, a un período de trabajo para el cálculo del importe de la pensión de jubilación.

⁶⁴ Amplio desarrollo en Martínez Barroso, M^a.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León (Universidad de León), 1997, págs. 273 y ss.

⁶⁵ Propuesta avalada hace más de una década por el CONSEJO DE EUROPA: “La flexibilidad de la edad de jubilación”, en AA.VV.: *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, Madrid (MTSS), 1992, pág. 57.

En el ordenamiento interno, pese a que la tendencia general que ha inspirado las últimas reformas legislativas es la de incentivar el retraso de la edad de jubilación, lo cierto es que en la realidad práctica desde diversos colectivos se viene reclamando precisamente lo contrario, esto es, la aplicación de coeficientes reductores de la edad de jubilación por realización de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos (bomberos, transportistas por carretera, trabajadores de la construcción). Respecto a estas reivindicaciones la Ley 40/2007 considera que el establecimiento de tales coeficientes reductores sólo será factible “cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo” y, además, la reducción no debe arriesgar el equilibrio financiero, lo que parece “un eufemismo elusivo de mencionar un más que probable aumento de cuotas”⁶⁶. Por otro lado, siguiendo las directrices del Acuerdo de pensiones de 2006, el nuevo art. 161 *bis* LGSS establece un límite de edad absoluto para el acceso a la pensión, que se sitúa en los cincuenta y dos años a la vez que establece que tales coeficientes “en ningún caso se tendrán en cuenta para el acceso a la jubilación anticipada en ninguna de sus modalidades”; medidas que, en definitiva, pretenden racionalizar la utilización de coeficientes en actividades especialmente penosas ante su aplicación a los nuevos colectivos de trabajadores que lo están reclamando⁶⁷.

En relación con los trabajadores discapacitados, el nuevo art. 161 *bis* LGSS incluye ahora, además de la referencia ya existente al supuesto en el que el grado de discapacidad sea igual o superior al 65%, una referencia a la posibilidad de que a los trabajadores que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 45% pueda serles de aplicación el correspondiente coeficiente reductor de la edad de jubilación “siempre y cuando se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida”. Los coeficientes reductores aplicados en este caso se extienden también a aquellos supuestos en que los beneficiarios tuvieran derecho a la jubilación anticipada (art. 161 *bis* y disposición transitoria 3^a LGSS), posibilitando un trato de favor para las personas con alto porcentaje de discapacidad y simultáneas la aplicación de los coeficientes reductores de edad –reducción legal de la edad ordinaria– en los supuestos en que son de aplicación los coeficientes reductores sobre la cuantía –jubilación anticipada–

⁶⁶ García-Perrote Escartín, I.: “La reforma de pensiones en la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social”, en AA.VV.: *La Seguridad Social en el siglo XXI*, V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia (Laborum), 2008, pág. 21.

⁶⁷ CC.OO: *Valoración del Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social*, en www.ccoo.es

En fin, reducción singular de la edad de jubilación –y sin aplicación de coeficientes de ningún tipo– se produce en el caso del llamado contrato de sustitución (RD 1194/1985, de 17 de julio), figura jurídica que responde a una política de fomento y reparto de empleo y permite la jubilación total a los 64 años si al mismo tiempo se contrata a un trabajador para sustituir al jubilado⁶⁸, de escaso juego hasta la fecha⁶⁹.

4. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS CONVENCIONALES COMO INSTRUMENTOS QUE POTENCIAN LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

Dado el cúmulo de inconvenientes que desde el punto de vista actuarial y de viabilidad del sistema plantean las soluciones satisfechas por el régimen público de Seguridad Social, parece que este tipo de medidas de anticipación únicamente podrían justificarse sobre una base voluntaria – como expediente temporal– para evitar una rebaja verdaderamente irreversible de la edad de jubilación y siempre fuera del sistema de pensiones, correspondiendo al mundo de las relaciones industriales su concreción a través del convenio colectivo.

De entre todas las posibles medidas de acción social iniciadas por la empresa serán aquellas que intenten mejorar la calidad de vida del trabajador una vez que decide dar por terminada su vida laboral activa, las que de una forma más clara y contundente sirvan también para canalizar los objetivos de reestructuración o redimensionamiento de la empresa. Atribuyendo unos ingresos de cuantía y devengo ciertos que complementen la protección que recibe el trabajador ante su jubilación por parte de la Seguridad Social, se eliminan los obstáculos que, de forma subjetiva u objetiva, y relacionados siempre con el riesgo de merma de la situación económica de la unidad familiar, puedan desincentivar al trabajador a dar el paso.

El análisis de la praxis convencional de los últimos años muestra, sin embargo, cómo la existencia de este tipo de complementos –o prestaciones en

⁶⁸ Sus precedentes (RD–Ley 14/1981, de 20 de agosto y RD 2705/1981, de 19 de octubre), desarrollando los compromisos asumidos en el ANE, tuvieron ya una más que discutible eficacia según pone de manifiesto el hecho de que durante el primer año de vigencia de esta medida, sólo 163 trabajadores se acogieron a esta modalidad contractual. Cfr. Gonzalo González, B., Ferreras Alonso, F., González–Sancho López, E. y Tejerina Alonso, J.I.: “Las jubilaciones anticipadas: panoramas general y comparado”, *RSS*, 16, 1982, pág. 313.

⁶⁹ Un amplio análisis en Martínez Botello, P.: “La jubilación anticipada a partir de los 64 años sin coeficiente reductor y el contrato por vacante”, *La Ley*, núm. 6993–6995, 2008.

especie y mantenimiento de servicios sociales— no sólo está motivada por la intención de la empresa de mejorar la calidad de vida de aquellos subordinados que, por razón de edad, extinguen su relación laboral y pasan a percibir la pensión de jubilación, complementando la cobertura que ante tal contingencia ofrece el sistema, sino que, en numerosas ocasiones, obedece al objetivo de motivar a los trabajadores para que voluntariamente soliciten el cese de la vida activa por esta causa —bajas incentivadas mediante la concesión de gratificaciones a los trabajadores o reconociendo indemnizaciones a tanto alzado o complementos a favor de cuantos opten por la misma, determinando su importe en atención a los parámetros de edad y antigüedad o, incluso, fijando una bolsa de horas con tal finalidad, o una pensión mínima—⁷⁰.

Tanto es así que, como con acierto se ha dicho, posiblemente sea su finalidad reguladora de la plantilla de la empresa (y no su función protectora) la que determina, en la práctica, el establecimiento de este tipo de técnicas de protección social complementaria⁷¹. Numerosos convenios, tanto sectoriales como de empresa, intentan favorecer la jubilación anticipada ofreciendo un premio, pagadero a tanto alzado con fondos propios, cuando se produzca la jubilación anticipada del trabajador o bien recuerdan insistentemente la intención del empleador de aceptar las solicitudes de jubilación anticipada que se presenten.

Por último, y desde otro punto de vista, aun cuando constituya un objetivo secundario, aquellas cláusulas convencionales que asumen el compromiso de reconocer a los hijos de los trabajadores de la empresa “preferencia a la hora de cubrir las distintas vacantes que puedan presentarse en la misma”, también potencian, indirectamente, la jubilación del trabajador.

5. EFECTIVIDAD DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA EN EL EMPLEO PÚBLICO

Siendo cierto, como ya se ha recordado, que para el Régimen General la jubilación constituye un derecho que el trabajador puede ejercitar de forma ordinaria a partir de los 65 años de edad y con quince años de cotización (art. 161 LGSS), en la función pública la jubilación se convierte en una obligación

⁷⁰ Amplio análisis convencional en Martínez Barroso, M^ªR.: “La protección social en los convenios colectivos extraestatutarios”, en AA.VV. (CCNCC): *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, Madrid (MTAS), 2004, págs. 358 y ss.

⁷¹ Selma Penalva, A.: “La técnica de protección social complementaria como instrumento de potenciación de la jubilación anticipada”, en AA.VV.: *La Seguridad Social en el siglo XXI*, cit., págs. 422–423.

también a partir de 65 años de edad por regla general, tratándose sólo de un derecho si se opta por solicitar la jubilación anticipada.

Si por algo se caracteriza el EBEP, como con acierto se ha dicho, es por haber plasmado en una norma jurídica el constante flujo de influencias que viene produciéndose entre ambos colectivos⁷². Sin embargo, en este ámbito, cabe reprochar al legislador que haya sido poco permeable a las reformas que han ido produciéndose en la materia sin realizar prácticamente ningún esfuerzo de aproximación al régimen propio del personal laboral (incentivos a la jubilación anticipada y a la prolongación de la actividad o jubilación progresiva y flexible). Es más, ni siquiera se ha conseguido una convergencia nominal, pues unas mismas situaciones evocan distintos significados según se trate de funcionarios o de personal laboral (a título de ejemplo, el concepto de jubilación voluntaria del EBEP, pese a ofrecer cierta similitud con el cese voluntario del personal laboral, tiene realmente un carácter de jubilación anticipada; y algo parecido ocurre con la jubilación forzosa del EBEP, pues más que un cese forzoso constituye una jubilación ordinaria) lo cual no es sino la consecuencia de una secular separación de los sistemas de protección del personal al servicio de la Administración Pública, que el legislador no ha querido alterar, manteniendo un régimen de financiación, gestión y prestaciones específicas⁷³.

En cualquier caso, la diversidad de encuadramiento de los funcionarios públicos plantea serias dudas sobre las distintas formas de jubilación y legislación de protección social que les resulte de aplicación, pues no deja de ser problemático que unos funcionarios se vean afectados al mismo tiempo por la normativa de su Régimen de encuadramiento (el General) y por el EBEP, que divergen en algunos aspectos.

En el ámbito de la relación funcional rige, en principio, al igual que en la relación laboral, el principio de voluntariedad en la jubilación, pues el art. 67.2 EBEP establece la posibilidad de acceder a la jubilación voluntaria –a solicitud del interesado– siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable. Pero, como se insistió con anterioridad, la voluntariedad de la jubilación del personal funcionario no posee las mismas connotaciones que en el personal

⁷² López Cumbre, L.: “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AA.VV.: *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid (Iustel), 2007, págs. 39 y ss.

⁷³ Goñi Sein, J.L.: “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la condición de servicio”, en AA.VV.: *Ponencias XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. El Estatuto Básico del empleado Público*, Murcia (Laborum), 2008, págs. 197–198.

laboral en la medida en que se configura en la norma como algo excepcional, pues la idea de jubilación forzosa a cierta edad sigue siendo el elemento característico⁷⁴.

Ciertamente, ya el art. 33 LMFP disponía que la jubilación forzosa de los funcionarios debería ser declarada de oficio al cumplir los 65 años de edad si bien “tal declaración no se producirá hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los 70 años de edad”. Por Ley 13/1996, de 30 de diciembre se flexibilizó dicho precepto, incorporando la posibilidad de que la declaración de jubilación no se produzca “hasta el momento en que los funcionarios cesen en la situación de servicio activo, en aquellos supuestos en que voluntariamente prolonguen su permanencia en la misma hasta, como máximo, los 70 años de edad”, computando esos años adicionales a efectos de derechos pasivos⁷⁵.

A diferencia del anterior, el art. 67 EBEP contempla actualmente la posibilidad de “solicitar la prolongación de la permanencia en el servicio activo como máximo hasta que se cumplan 70 años de edad. La Administración Pública competente deberá resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación”. La comparación de ambas redacciones muestra una clara limitación del derecho individual del funcionario a prolongar su permanencia en el puesto de trabajo pues el sometimiento a un dictamen favorable o desfavorable de la Administración condiciona la decisión del mismo⁷⁶.

Esto es, la jubilación llamada voluntaria ha de producirse necesariamente antes de la forzosa a los sesenta y cinco años de edad (art. 67.3 EBEP) pues su prórroga hasta los setenta queda supeditada a la aceptación por parte de la Administración competente, lo que la distingue claramente de la jubilación

⁷⁴ López Gandía, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete (Bomarzo), 2007, pág. 23.

⁷⁵ Pues aún sigue vigente el art. 39.4 de la Ley de Funcionarios de 1964 que autoriza la prórroga en el servicio activo a efectos de alcanzar el mínimo de servicios computables para causar haberes pasivos de jubilación. Asimismo, completando lo anterior, el art. 28.2.a) LCP prevé que si “el personal de que se trate, al cumplir la edad para su jubilación o retiro forzoso, tuviera reconocidos doce años de servicios efectivos al Estado y no hubiera completado los quince que, como mínimo, se exigen en el siguiente art. 29 para causar derecho a pensión en su favor, podrá solicitar prórroga en el servicio activo del órgano competente para acordar su jubilación, prórroga que comprenderá exclusivamente el período temporal que le falte para cubrir el de carencia antes mencionado y que se concederá siempre que el interesado pueda considerarse apto para el servicio”.

⁷⁶ Luque Parra, M.: “Pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 724.

voluntaria en el ámbito laboral en que no existe límite temporal, salvo el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los estrictos términos de validez exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Tal diversidad de concepción sobre el carácter de la jubilación voluntaria da lugar a diferencias importantes entre los dos tipos más importantes de personal al servicio de la Administración Pública, pues, si bien para los laborales sometidos al ET y encuadrados en el Régimen General el cese constituye una facultad plenamente voluntaria y se les permite mantenerse en el puesto más allá del límite de la edad ordinaria, para los funcionarios la jubilación voluntaria constituye “una simple posibilidad de anticipar la edad de jubilación sin opción a prolongar la permanencia en el servicio activo más allá de un máximo”⁷⁷.

No es ésta la única diferencia entre el régimen de jubilación laboral y funcionarial pero sí la principal. Para los empleados públicos con régimen laboral, la jubilación constituye un derecho mientras que para aquellos empleados en régimen funcionarial se convierte en una obligación. No obstante, siendo la jubilación forzosa la fórmula históricamente dispuesta para jubilar a los funcionarios públicos, el EBEP prefiere encabezar la lista de posibles jubilaciones con la voluntaria, lo cual puede responder a la intención legislativa de priorizar o incentivar la jubilación voluntaria que necesariamente será una modalidad anticipada en relación a la edad de jubilación forzosa establecida en cada caso.

Dicha jubilación voluntaria depende, además, exclusivamente de la solicitud del funcionario –*ex art. 67.1.a) EBEP*–, procediendo la misma –sin que el órgano competente pueda denegarla– de reunirse los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación. Tan sólo en el caso de la jubilación “voluntaria y parcial”, la ley establecerá –“con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos”– condiciones especiales para la misma (art. 67.2 EBEP). Nueva figura de la jubilación parcial, que permitirá ampliar el ámbito de aplicación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación en la función pública y el trabajo en el sector privado a la prestación de servicios en el sector público, si bien, en principio, tan sólo a tiempo parcial.

Junto al régimen de jubilación voluntaria anticipada previsto para los funcionarios públicos con carácter general (exigiendo 60 años de edad y 30 de servicios efectivos), existen numerosas menciones específicas en distintos

⁷⁷ Goñi Sein, J.L.: “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la condición de servicio”, cit., pág. 200.

colectivos de funcionarios. De hecho cabe considerar la existencia de hasta cinco tipos de jubilación anticipada en la función pública⁷⁸:

1º) Jubilación anticipada como jubilación voluntaria por contraposición a la forzosa contenida en el art. 28.2.b) LCP.

2º) Jubilación anticipada para el personal civil de la Administración del Estado que ocupe destino en servicios centrales o periféricos de Madrid y que pertenezca a cuerpos o escalas afectados por el proceso de transferencia de medios y competencias a las CC.AA, regulada en las disposiciones transitorias 3ª LCP y 8.6 LMFP.

3º) Jubilación anticipada regulada en el art. 34 LMFP conforme a la modificación introducida en 1993 (Ley 22/1993, de 29 diciembre) y que puede ser reconocida a los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encuentren en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo o, en el caso específico de las CC.AA. y Corporaciones Locales, en atención a medidas de jubilación anticipada adoptadas en el marco de planes de racionalización de sus recursos (disposición adicional 21ª LMFP).

4º) Jubilación anticipada específica para algunos funcionarios docentes no universitarios con la finalidad de rejuvenecer y renovar el profesorado de los niveles educativos inferiores al universitario con carácter transitorio aunque prorrogado.

5º) Jubilación anticipada a los 65 años para los funcionarios docentes universitarios cuya edad de jubilación forzosa está fijada en los 70 años.

Pese a que cada supuesto goza de una regulación específica existen notas comunes a todos ellos, tales como la competencia estatal en su regulación por entender que la jubilación es una causa de pérdida de la condición de funcionario, lo cual forma parte del núcleo esencial del estatuto de funcionario; el principio de legalidad, puesto que los derechos pasivos forman parte de dicho estatuto y están afectados por la reserva de ley constitucional –art. 103.3–, aun cuando la negociación colectiva pueda incidir en la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en particular, en aquellas materias que afecten a la Seguridad Social o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley, *ex art. 32.j Ley*

⁷⁸ Siguiendo a López Cumbre, L.: “La jubilación de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P., Coords. y Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Granada (Comares), 2008, págs. 685–686.

9/1987, 12 junio⁷⁹; y, entre otros, el principio de equiparación prestacional, en virtud del cual el funcionario no deberá sufrir merma alguna ni ser afectado por ningún tipo de coeficiente reductor en la cuantía de la pensión por el mero hecho de jubilarse anticipadamente, como sí ocurre con los trabajadores por cuenta ajena⁸⁰.

El mismo objetivo de fomento de la jubilación anticipada se puede apreciar en la reciente Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Gerencia de la Mutua- lidad General Judicial⁸¹ por la cual se hace extensiva la prestación social deno- minada “ayuda a jubilados forzosos por razón de edad”⁸² (cuya cuantía econó- mica alcanza el 200% de las retribuciones básicas que figuren en la última nómina de activo) a los mutualistas que se jubilen “voluntariamente” –o por incapacidad–, cuando lleguen a la fecha de cumplimiento de la edad prevista para su jubilación forzosa⁸³.

En cualquier caso, la diferencia más significativa entre el art. 67 EBEP y las posibilidades existentes en el Régimen General residen en que en este último pervive un sistema ya arraigado y de uso extendido en las empresas –previsto para rejuvenecer o redimensionar de forma no traumática sus planti- llas– que no puede hoy por hoy ser transferido a las Administraciones Públicas, al menos con el mismo perfil: la prejubilación. Prescindiendo de las peculiari- dades sectoriales, tal híbrido jurídico resulta de imposible aplicación en la Administración Pública con ese mismo diseño –ni siquiera para los trabaja- dores regidos por la legislación laboral–, sin perjuicio de que en la misma se haga referencia a la prejubilación como sinónimo de jubilación anticipada. Las

⁷⁹ Por todos, Fernández Domínguez, J.J. y Fernández Domínguez, J.J.: *Hacia un nuevo régimen jurídico de las Administraciones Públicas*, Madrid (INAP), 2006

⁸⁰ Alfonso Mellado, C.L.: “La jubilación anticipada y la prejubilación de los funcionarios públicos”, en AA.VV.: *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 2033.

⁸¹ BOE 10 junio 2009.

⁸² En principio pensada para los funcionarios que, ostentando la condición de mutualistas de la Mutua- lidad General Judicial, se jubilen con carácter forzoso o por razón de edad estando en situación de activo, servicios especiales o excedencia voluntaria por cuidado de familiares o por razón de violencia de género.

⁸³ Considerando como tal la prevista en la LO 6/1985, del Poder Judicial, y los respectivos reglamentos orgánicos de los distintos Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y normas específicas de jubilación de determinados cuerpos y escalas, “sin que a estos efectos tenga incidencia alguna lo previsto en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que posibilitan la permanencia en el servicio activo de aquellos funcionarios que voluntariamente lo deseen hasta que cumplan, como máximo, los setenta años”, ex Resolución 27 mayo 2009 (apartado primero).

razones esgrimidas por la mejor doctrina⁸⁴ pueden sintetizarse del siguiente modo:

1º) La Administración no tiene el margen de disponibilidad necesario para redimensionar sus plantillas a través de despidos colectivos o expedientes de regulación de empleo, que constituyen un factor clave en estos procesos.

2º) La Administración tampoco dispone de libertad para decidir sobre los complementos privados a añadir a las prestaciones públicas a que tengan derecho los empleados públicos.

3º) Las necesidades de redimensionamiento o de rejuvenecimiento de la Administración pasan por sistemas de transformación o de sustitución de puestos de trabajo que exigen situar los principios de publicidad, capacidad, mérito u objetividad en el centro de dichas decisiones, algo ajeno, hasta la fecha, a los procesos prejubilatorios.

No obstante, pese a los inconvenientes reseñados, no cabe desconocer cómo, poco a poco, la Administración comienza a importar los soportes propios de la empresa privada en determinados sectores, ejemplificativamente, en el ámbito universitario, diseñando una suerte de prejubilaciones que facilitan la reducción de la carga lectiva del funcionario docente al llegar a una determinada edad –generalmente a los 60 años–, aun cuando aquél se mantenga en activo⁸⁵.

⁸⁴ López Cumbre, L.: “La jubilación de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P., Coords. y Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, cit., pág. 714.

⁸⁵ Lo cual, indirectamente, puede suponer un aumento retributivo. López Cumbre, L.: “La jubilación de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C.; Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P., Coords. y Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, cit., pág. 714 o Martín Rebollo, L.: “Catorce estaciones normativas sobre la jubilación de los funcionarios”, en AA.VV.: *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 267.

DIÁLOGO SOCIAL, ACUERDOS INTERCONFEDERALES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA E IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

EVA SALDAÑA VALDERAS

Profesora Titular Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Igualdad

Aunque con reservas, es posible afirmar desde la reflexión crítica que el diálogo social español ha terminado asumiendo como objeto y objetivo propio la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres y la eliminación de las discriminaciones en las relaciones laborales, dentro de una dinámica de cierta transversalidad. La situación económica y las actuaciones de los responsables públicos han tenido influencias determinantes en este proceso. Estos vectores terminan confluyendo en el ámbito de la interlocución social nacional, constituyéndose en guía para la conclusión de una serie de pactos intersectoriales de contenido global destinados a consolidar un marco de orientaciones para la negociación colectiva, entre las cuales la consecución de la igualdad efectiva sin distinción de género, a través de la incidencia en el mercado laboral y la reformulación de las condiciones de trabajo, ha ido ganando protagonismo y un carácter cada vez más desagregado. Sin embargo, a pesar de la evolución producida, es posible detectar insuficiencias tanto en los acuerdos alcanzados como en sus resultados.

ABSTRACT

Key Words: Collective Bargaining, Equal Treatment

Even being conservative we can ensure from a critical perspective, that the social dialogue in Spain has assumed for its object and its objective the promotion of equal treatment and opportunities between men and women, and the elimination of discrimination in respect of employment and occupation, all together embraced in a transversal dynamics. The economic situation and people responsible of public affairs have influenced and shaped such process. These trends merge in the national social dialogue, being a guide in one way, allowing a series of inter-sectorial agreements for collective bargaining. Among these agreements we find the one about equal treatment without gender distinction, and through the impact on the labour market and the working condition reformulation which have been taken a greater role by being more separated. Nevertheless, and even with its evolution, it's possible to detect insufficiencies both in those agreement reached and their results.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL DESDE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO
3. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO, DE INTERDICCION DE DISCRIMINACIÓN Y DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO COMO MARCO DEL DIÁLOGO SOCIAL
4. LAS ACTUACIONES DEL DIÁLOGO SOCIAL ESPAÑOL DESDE EL ENFOQUE DE GÉNERO: LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 4.1. El ANC 1997: la igualdad entre mujeres y hombres como orientación residual
 - 4.2. El ANC 2002: cambio estratégico y objetivos desagregados
 - 4.3. El ANC 2003: avances en el camino trazado
 - 4.4. El ANC 2005: soluciones concertadas y nuevas orientaciones
 - 4.5. El ANC 2007: la ratificación de criterios y el Proyecto de LOIEMH como elemento de influencia
 - 4.6. La prórroga del ANC 2007 para 2008: la implementación de la LOIEMH
5. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA E IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La igualdad de oportunidades y de trato en las condiciones de trabajo, con ausencia de cualquier tipo de discriminación basada en el género, es un logro social que implica tanto el respeto a la dignidad de las personas como el desarrollo de la economía. Los poderes públicos y los agentes sociales tienen la responsabilidad compartida de su consecución y garantía. Como se observa en las experiencias de otros países de nuestro entorno, el diálogo social y la negociación colectiva constituyen una herramienta extraordinariamente versátil para el fomento e integración de la igualdad entre mujeres y hombres que complementa las acciones de los poderes públicos. En esta línea, la finalidad de este trabajo es el estudio del tratamiento de la cuestión de género en el diálogo social español, entendido en un sentido amplio, a través del examen de la etapa iniciada en 1997. La reflexión parte de la perspectiva de su contexto en los últimos años para terminar abordando cuáles han sido los diversos resultados formales, específicamente en el plano de los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (en adelante ANC), pactados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en este ámbito de interlocución. Esta propuesta metodológica obedece a la idea de que es factible distinguir ciertas claves en la actuación de los agentes sociales que conducen finalmente al examen de las actuaciones realizadas en la materia y a su ponderación. Si se procede a su sistematización, al lado de determinantes externos provenientes primordialmente del marco comunitario cuyo análisis superaría la extensión del presente trabajo y respecto de los cuales bastará aquí alguna referencia inelu-

dible, cabría hablar de una serie de factores internos, como la singular posición de las mujeres en el mercado laboral español y la política de promoción transversal de la igualdad de oportunidades y de trato por parte de los responsables públicos. Estos vectores confluyen en el ámbito del diálogo social nacional dando lugar a la conclusión de una serie de pactos de contenido global destinados a consolidar un marco de orientaciones para la negociación colectiva, entre las cuales la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres ha ido ganando terreno progresivamente, convirtiéndose en un objetivo desagregado. Los convenios colectivos negociados a su tenor habrán de resultar, en última instancia, los instrumentos adecuados para integrar la dimensión de la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales de cada empresa.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL DESDE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

Las contribuciones del diálogo social en nuestro país se vienen desarrollando en un marco conformado por las actividades estatales orientadas a alcanzar objetivos económicos y de empleo en coherencia con las directrices comunitarias¹. El contexto del singular mercado de trabajo español actúa como un factor determinante en el diseño de las líneas maestras de intervención de los participantes sociales, como se plasma expresamente en no pocos de los compromisos alcanzados a lo largo de los años. En este sentido, en lo que respecta al ámbito de este estudio, se debe destacar que los agentes sociales se enfrentan a la situación laboral de las mujeres españolas, de clara desventaja estructural, bastante más acentuada que en la mayoría de los países avanzados². Según resultados recientes del Índice de Brecha de Género de 2008³, España se sitúa

¹ Desde el mencionado enfoque, Consejo Económico y Social, Economía, Trabajo y Sociedad, 2007. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España, Madrid 2008, pg. 295. Desde la perspectiva de los propios interlocutores sociales españoles, vid. *infra* ANC 2007, BOE de 24 de febrero de 2007, Cap. II.

² Claramente constatada, por ejemplo, desde el ANC 2002, BOE de 17 de enero de 2002. Vid. en el sentido descrito Cap. II.1. Con carácter general, Consejo Económico y Social, Economía, Trabajo y Sociedad, 2007. Memoria..., cit., pg. 300. Para datos comparativos, Hausmann, R., Tyson, L.D. y Zahidi, S., *The Global Gender Gap. Report 2008, World Economic Forum*, Geneva 2008, pgs. 8, 18 y 144, disponible en www.weforum.org. En el ámbito europeo, puede verse Eurostat, *Europe in figures. Eurostat yearbook 2008*, Luxemburgo 2008. Por ejemplo, para la ratio empleo-género, pg. 252.

³ Hausmann, R., Tyson, L.D. y Zahidi, S., ob. cit., pgs. 8, 18 y 144.

en el puesto 17, de un total de 130 países. Esta sola constatación considerada aisladamente tendría una lectura positiva si no fuera porque nuestro país ha bajado puestos desde el anterior estudio realizado en 2007. Desde el punto de vista de los subíndices con significado laboral, como, por ejemplo, “Participación económica y oportunidades”, ahora nos situamos en el puesto 89 tras haber ocupado el 45. Más flagrante es la referencia a la igualdad retributiva entre mujeres y hombres para trabajos de igual valor, *item* en el que ocupamos la posición 124 y que tiene mucho que ver con el descenso en el *ranking* general. Análogamente, a la luz de los datos estadísticos nacionales puede corroborarse que, a pesar de la paulatina y creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo y la gradual reducción de algunos aspectos de la brecha de género⁴, éste se halla profundamente sesgado por la variable sexo. Se trata de aspectos fundamentales, enormemente sensibles a las variaciones en la dinámica económica, algunos de los cuales explican en gran medida las divergencias con la media europea, como las tasas de actividad, desempleo y ocupación, muy segregada por sectores y puestos⁵; la tasa de contratación temporal⁶; el recurso al trabajo a tiempo parcial⁷; la remuneración –el salario bruto anual medio de las mujeres puede cifrarse en el 71,12 % del de los hombres⁸–, y las interrupciones de la trayectoria profesional no deseadas debidas a los obstáculos existentes para ejercer el derecho a la natalidad y a conciliar la vida laboral y familiar⁹.

En suma y a grandes rasgos, esta es la descripción de una situación percibida claramente por los interlocutores sociales españoles¹⁰, frente a la cual

⁴ En esta línea, vid., entre otros, los datos aportados por Ministerio de Trabajo e Inmigración, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Observatorio de la negociación colectiva, Boletín N.º 13, enero–febrero 2009 e INE, *Mujeres y Hombres en España 2009*, pg. 34.

⁵ Consejo Económico y Social, *Economía, Trabajo y Sociedad*, 2007. Memoria..., cit., pg. 332 e INE, *Mujeres y Hombres en España*, cit., pgs. 38 y 39.

En el sentido descrito, ANC 2007, BOE de 24 de febrero de 2007, Cap. III, Consideraciones sobre la Estabilidad y el Empleo, apartado Empleo y Estabilidad.

⁶ INE, ob. cit., pg. 35.

⁷ INE, ob. cit., pg. 35.

⁸ Desde un punto de vista evolutivo, vid. respectivamente los diferenciales salariales de 2004 (28’88%) y 2008 (26’3%) en INE, *Encuesta de estructura salarial 2002, 2004 y Encuesta de estructura salarial 2006, 2008*.

⁹ INE, ob. cit., pgs. 37 y 38.

¹⁰ En este sentido, vid. por ejemplo ANC 2007 y Acta de prórroga para el año 2008 del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (ANC 2007) y sus anexos, BOE de 14 de enero de 2008. También CC.OO. y UGT, *Criterios unitarios para la negociación colectiva y el empleo. Propuestas sindicales frente a la crisis y por unas condiciones de trabajo y empleo dignas*, 2009, versión electrónica, pg. 12.

intentan adoptar una posición activa, al menos formalmente, y que actúa como marco de influencia en la conclusión de nuevos compromisos; la vigencia de los objetivos ya trazados y la adición de contenidos renovados a los mismos¹¹.

3. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y DE TRATO, DE INTERDICCIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO COMO MARCO DEL DIÁLOGO SOCIAL

Puede afirmarse que el papel del diálogo social español en la implementación de los principios de igualdad de oportunidades y de trato, de prohibición de discriminación y de transversalidad de género se halla conformado por la estrategia programada a escala comunitaria así como por las sucesivas intervenciones estatales en la materia. Aunque no es el objetivo de este estudio, no puede dejar de mencionarse que ambos aspectos se hallan conectados. Como muestra del nexo existente, es ineludible la referencia a la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación¹², donde se prevé que los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato¹³.

Como es sabido, la Constitución consagra la igualdad como valor superior y la prohibición de cualquier discriminación por género, tanto directas como indirectas, a través del art. 14. Conexas, establece en su art. 9.2 el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Los correlatos de estos preceptos se hallan en el Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)¹⁴, así como en la Ley Orgánica

¹¹ ANC 2005, BOE de 16 de marzo de 2005. Vid. Cap. I. Balance y Consideraciones iniciales.

¹² Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, DOCE L N.º 204, de 26 de julio, que refunde el texto de la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DOCE L N.º 269, de 5 de octubre de 2002.

¹³ Art. 21.

¹⁴ De 24 de marzo, BOE de 29 de marzo de 1995. Vid. en este sentido, entre otros, los arts. 4.2 c) y 17.

3/2007, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en adelante LOIEMH)¹⁵, que, a través de la consagración de principios generales y de la reforma del citado ET, incorpora medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo. Específicamente, intensifica el rol de los representantes de trabajadores y empresarios, enriqueciendo el papel de la autonomía colectiva en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato en las empresas a través de diversas remisiones a la negociación colectiva, como sucede, por ejemplo, con las dedicadas al establecimiento de medidas de acción positiva en favor de las mujeres o a los planes de igualdad¹⁶.

En conexión con lo expuesto, parece evidente que reducir los destinatarios del principio de transversalidad de género a los poderes públicos, es discutible además de ineficaz¹⁷. Está claro que la negociación colectiva no es un sustitutivo de la normativa legal para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, pero los interlocutores sociales son colaboradores y responsables de su promoción a través de su uso como instrumento complementario de la legalidad¹⁸. No hay que olvidar que, aunque su significado es debatido¹⁹, el citado principio supone una evolución en la política sobre igualdad de oportunidades en la que se avanza desde el establecimiento de medidas aisladas específicas en favor de la mujer hasta un planteamiento global basado en dos herramientas complementarias: la instrumentación de la eliminación de las discriminaciones mediante la integración del objetivo de la igualdad de forma desagregada en todos los niveles, acciones y políticas generales que tengan repercusiones directas o indirectas en los individuos en función del género, y la previa realización de una evaluación de impacto sobre mujeres y hombres antes de adoptar las decisiones correspondientes²⁰. Coordinadamente, exige la participación de

¹⁵ BOE de 23 de marzo de 2007.

¹⁶ Vid. art. 17. 4 y 5 del ET en relación con el art. 11 de la LOIEMH.

¹⁷ En esta línea, vid. el art. 15 de la LOIEMH.

¹⁸ AA.VV., Refuerzo e integración de la igualdad de oportunidades mediante la negociación colectiva, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, www.eurofound.europa.eu, diciembre 2005, pg. 2.

¹⁹ Vid. Moltó Carbonell, M.L. La Estrategia Europea de Empleo en España desde la perspectiva de género, Seminario Política Fiscal y Género, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 14 de abril de 2005, cuyos planteamientos se aplican en este estudio; igualmente para referencias a los diversos significados del concepto de *gender mainstreaming*.

²⁰ Según la Plataforma para la Acción adoptada en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Naciones Unidas, Beijing 1995, como se reseña en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2003–2006, 7 de marzo de 2003, versión electrónica, pg. 9.

nuevos sujetos en la elaboración, adopción e implementación de las medidas citadas, entre los que cabe destacar a los representantes de los trabajadores y empresarios²¹. En esta línea de intervenciones horizontales, no se puede soslayar que los partícipes sociales han sido siempre reconocidos como parte interesada y agentes principales en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato²². En el contexto de las relaciones laborales, esta idea significa que las energías dirigidas a la integración de las mujeres en el mercado de trabajo solo serán efectivas si se acompañan de esfuerzos transversales para cambiar las condiciones de trabajo y en esta labor, el potencial de los interlocutores sociales a través de los acuerdos adoptados es indudable²³.

Además, como complemento del razonamiento expuesto, cabe traer a colación el impulso estatal a las medidas orientadas a garantizar la igualdad entre mujeres y hombres concretado y coordinado, entre otros instrumentos, a través de los diversos Planes de Igualdad de Oportunidades promovidos por el Instituto de la Mujer (en adelante PIOM), que poseen sus correspondientes correlatos en los niveles periféricos. Específicamente, el IV PIOM 2003-2006, junto a la visión transversal, establece como criterio rector el principio de cooperación de todos los sujetos implicados, entre los que se encuentran los partícipes sociales, hecho que en última instancia supone la asignación de competencias en su favor²⁴. El reconocimiento de su relevancia responde al hecho de que las actuaciones de corte tradicional para mejorar la posición de las mujeres en el mercado de trabajo español no han sido muy eficaces y viene a abonar el argu-

²¹ Lombardo, E., El mainstreaming de género en la Unión Europea, *Aequalitas* vol. 10-15, mayo-diciembre 2003, pgs. 6 y ss.; en su versión electrónica, pg. 5.

²² Entre otros instrumentos ejemplificativos de lo señalado, vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), COM (2000) 335 final, pg. 17; Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres 2006, Bruselas 22 de febrero de 2006, COM(2006) 71 final, pgs. 9 y 10; Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres 2007, Bruselas 7 de febrero de 2007, COM(2007) 49 final, pg. 9 y Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Igualdad entre mujeres y hombres 2009, Bruselas 27 de febrero de 2009 COM (2009) 77, pgs. 10 y 12.

²³ Grünell, M. y Schaapman, M., *Gender mainstreaming in industrial relations*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, www.eurofound.europa.eu/eiro, 2004.

²⁴ Cit., pg. 7.

mento de que apostar en exclusiva por las intervenciones legislativas es un planteamiento incompleto. No hay que olvidar que la aplicación eficaz de la legislación en materia de igualdad de oportunidades y de trato depende, entre otras cosas, no sólo del empeño de las autoridades nacionales sino también del apoyo complementario de las medidas no legislativas para combatir la discriminación²⁵. En esta misma línea de necesaria cooperación entre agentes públicos y privados se instala, por último, el vigente Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-201²⁶.

En conclusión, es indudable que los agentes sociales son destinatarios de un marco jurídico que han de respetar en todas sus actuaciones y que les otorga notables facultades de acción en el fomento de la igualdad de oportunidades y de trato y en la erradicación de las discriminaciones basadas en el género, aunque no siempre sean reconocidas y ejercidas como tales. Puede decirse que, desde los últimos años, el enfoque integral de género en favor de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres se está convirtiendo, al menos formalmente, en un objetivo normalizado que debe alcanzarse a través de la cooperación de todos los agentes implicados, entre los que cabe destacar como colaboradores de los responsables públicos, a los interlocutores sociales.

4. LAS ACTUACIONES DEL DIÁLOGO SOCIAL ESPAÑOL DESDE EL ENFOQUE DE GÉNERO: LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Aunque todavía con reservas, es posible afirmar que el diálogo social español ha terminado asumiendo como objeto y objetivo propio la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y la contribución a la eliminación de las discriminaciones directas e indirectas en el marco de las relaciones laborales, dentro de una dinámica de cierta transversalidad. Progresivamente alcanza más protagonismo en sus actuaciones, proyectándose tanto en compromisos tripartitos como en instrumentos autónomos generados a partir del diálogo social, básicos para lograr estos fines debido a su especial permeabilidad a la introducción de estrategias que permitan el fomento de la paridad²⁷.

²⁵ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde. Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada, Bruselas 28 de mayo de 2004, COM (2004) 379 Final, versión electrónica, pg. 7.

²⁶ Ministerio de Igualdad, diciembre 2007, versión electrónica. Por ejemplo, Objetivos estratégicos 1, 1.2 y 4, 4.2, pgs. 108–109. Vid. también Objetivo estratégico 1, 1.3, pg. 108.

²⁷ Cit., pg. 18.

De hecho, puede decirse que desde 1997 hasta la fecha se asiste a un proceso de desarrollo del tratamiento de la situación laboral de la mujer en el diálogo social inseparable del crecimiento global del mismo. Este ha venido siendo pautado básicamente a través de instrumentos fruto del consenso tripartito de indudable peso y concretado, en lo que aquí interesa, mediante los ANC²⁸, al estilo de muchos modelos comparados, aunque con diferencias²⁹. En esta línea, hay que recordar que, como acuerdos de tipo intersectorial nacional, durante su vigencia tienen como misión orientar la negociación y el contenido de los convenios colectivos³⁰, basando su mecánica de aplicación en el papel rector que desempeñan las confederaciones firmantes, quienes deberán dirigirse a sus respectivas organizaciones sectoriales para establecer con ellas, con respeto a la autonomía colectiva de las partes, los cauces más adecuados que permitan la asunción del texto pactado y el ajuste de sus comportamientos a las reglas y procedimientos previstos en el mismo.

Como desarrollo de lo anterior, desde la perspectiva específica de la observación crítica del papel de los interlocutores sociales en la asunción e implementación de los principios de igualdad de oportunidades y de trato y de transversalidad de género, mediante el ejercicio de la autonomía colectiva en el nivel señalado, es posible someter a reflexión una serie de acuerdos formales con diversa proyección en la materia, en los que unas veces resulta contemplada de manera global o indirecta frente a otras ocasiones en las que se eleva a objetivo desagregado.

4.1. El ANC de 1997: la igualdad entre mujeres y hombres como orientación residual

Inicialmente habría que referirse al ANC firmado en 1997, cuya vigencia fue cuatrienal³¹. Con la racionalización de la estructura de la negociación colectiva como orientación-guía, este acuerdo trató de distribuir las materias negociables entre los distintos niveles de interlocución por razón de la especialidad de las mismas, con la finalidad de aprovechar al máximo la capacidad y compe-

²⁸ Respecto de su naturaleza jurídica, pueden verse, entre otros, Cruz Villalón, J., El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 desde la perspectiva jurídica, Relaciones Laborales Nº. 2, 2003, pgs. 363 y ss.; y Luján Alcaraz, J., El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003, Aranzadi Social Nº. 21, marzo 2003, versión electrónica, pg. 1.

²⁹ Grünell, M. y Schaapman, M., ob. cit., pg. 15.

³⁰ Vid. art. 83.2 del ET.

³¹ BOE de 6 de junio de 1997.

tencia para obligar de los distintos interlocutores sociales representativos en cada ámbito negocial³². Sin embargo, a pesar de las sinergias favorables que ello podía generar por lo que se refiere al objeto de este estudio, hay que subrayar que las consideraciones sobre las cuestiones de género ocuparon escasamente la atención de los firmantes, con ausencia de cualquier enfoque integrado. En este sentido, el texto se limitó a recomendar en su Preámbulo que los convenios colectivos pactados durante su vigencia deberían poner especial cuidado en evitar la expresión de medidas, estipulaciones o compromisos que pudieran implicar discriminaciones, entre otras causas, por razón de sexo, y, por el contrario, velar por que la aplicación de las normas laborales no incurriese en infracciones que pudieran poner en tela de juicio el respeto a los preceptos constitucionales³³. Este insuficiente tratamiento se vio aun más minimizado: ni referencias genéricas a la igualdad entre mujeres y hombres, ni mucho menos menciones expresas como objetivo desagregado en el régimen de evaluación a que se comprometían las partes, como tampoco a la hora de determinar las funciones de la Comisión paritaria encargada de interpretar y aplicar lo pactado³⁴.

4.2. El ANC 2002: cambio estratégico y objetivos desagregados

El posterior ANC 2002³⁵, exigido por el vencimiento del ANC 1997 y con una vigencia notablemente más corta, supuso un cambio estratégico en el tratamiento del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, para cuya comprensión es necesario remontarse a sus antecedentes. Cuatro años antes de su conclusión, en 1998, las centrales sindicales CC.OO. y UGT presentaron una iniciativa para el establecimiento de un acuerdo interconfederal sobre igualdad de oportunidades en la negociación colectiva, esquema del que pueden encontrarse ejemplos comparados (como sucede en Francia con el *Accord National Interprofessionnel relatif a la mixité et a l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, de 1 de marzo de 2004), que no contó con el apoyo de las organizaciones empresariales más representativas. Estas, sin embargo, terminaron cediendo parcialmente en sus reservas, y se permitió la posterior conclusión, si no de un ANC temático, si de un ANC de contenido global pero con notable proyección en la materia. Los propios interlocutores sociales vinieron a señalar que este ANC abrió el camino, incor-

³² I y IV.

³³ Vid. Preámbulo *in fine*.

³⁴ V y VII.

³⁵ Cit.

porando importantes declaraciones y orientaciones para favorecer un tratamiento adecuado de la cuestión en los convenios colectivos³⁶. Son tres los planos en los que se produce, con intensidad y desagregación graduables:

- Cabe mencionar inicialmente el reconocimiento a nivel introductorio de la oportunidad ofrecida por la propia conclusión del pacto para la promoción de la igualdad de oportunidades en general, mediante la formulación de criterios, orientaciones y recomendaciones dirigidos a la negociación colectiva, que es considerada a estos efectos como un instrumento de primera magnitud.
- Cuando se aborda el problema del empleo como tema general, se introduce la primera mención específica a la promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres como objetivo, en aspectos tales como el impulso de la cualificación profesional de ambos sexos y la preferencia por la contratación indefinida de las mujeres, como colectivo con dificultades³⁷.
- Aun siendo importantes las referencias expuestas por su carácter pionero, lo verdaderamente destacable es la circunstancia de que la promoción de la paridad entre mujeres y hombres y la contribución a la eliminación de discriminaciones y al cumplimiento de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se eleva por primera vez a nivel de ANC a objetivo desagregado, aunque todavía sin independencia formal³⁸. Constituye una de las líneas maestras de los criterios, orientaciones y recomendaciones que constituyen el texto del acuerdo. En este sentido, se establecen diversas directrices que parten de la constatación de la situación de inferioridad de la mujer en el mercado de trabajo. Específicamente, el ANC 2002 registra que, si bien en los contenidos de la negociación colectiva no suelen aparecer diferencias formales por razón de género, operan desequilibrios injustificados en su aplicación práctica³⁹. Particularmente, se establecen como objetivos la necesidad de promocionar en los convenios colectivos actuaciones encaminadas a eliminar desigualdades salariales directas o indirectas

³⁶ Como se indica en «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva», aprobado por la Comisión de Seguimiento del ANC 2003, de 17 de febrero de 2003, que puede consultarse en CC.OO., Cuadernos de Información Sindical, N.º. 36.

³⁷ Cap. II, 3, Criterios en materia de empleo, 1.º.

³⁸ Cap. II, 3.3.º.

³⁹ Cap. II, 3.3.º.

motivadas por razones de género, así como la exclusión de medidas, estipulaciones o compromisos que pudieran implicar discriminaciones⁴⁰. A tales fines, la negociación colectiva es calificada como instrumento adecuado para favorecer la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la contratación, mediante medidas que promuevan la diversidad profesional de las mismas y su acceso a la formación, prácticas y contratación en ocupaciones y puestos tradicionalmente desempeñados por varones, promoviendo contratos de interinidad para cubrir ausencias por maternidad/paternidad, cuidados a familiares y riesgo durante el embarazo⁴¹. Frente a la inercia negocial, fuente de cláusulas obsoletas, se estipuló que los convenios colectivos deberían actualizar sus previsiones sobre permisos y protección de la maternidad, de conformidad con las modificaciones legislativas introducidas por la Ley 39/1999, para promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras, que fue auspiciada por el Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental⁴².

Junto a lo todo anterior, hay que destacar que el ANC 2002 adoptó un compromiso orientado a la identificación de los obstáculos condicionantes de la vida laboral de las mujeres y la búsqueda de fórmulas concretas o buenas prácticas, con el objetivo de su promoción entre los responsables de la negociación colectiva sectorial y empresarial, cuyo papel resulta subrayado⁴³. Para ello se optimizó la creación de una Comisión encargada de la interpretación, aplicación y seguimiento de lo pactado⁴⁴, con competencias en el estudio y propuesta de acciones en diversas materias, entre las que se encontraba precisamente la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁴⁵. A estos efectos, se iniciaron los correspondientes trabajos que se mantuvieron en ejecución a lo largo de la vigencia del acuerdo.

⁴⁰ *Ibidem.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.* Publicada en BOE de 6 de noviembre de 1999. Vid. Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, DOCE L 145 de 19 de junio de 1996.

⁴³ ANC 2002, Cap. I, punto 3.

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ ANC 2002, Cap. I, punto 3.

4.3. EL ANC 2003: avances en el camino trazado

Progresando en la misma tendencia, con el trasfondo de la entonces reciente Directiva 2002/73⁴⁶, actual 2006/54⁴⁷, el ANC 2003 se vino a mostrar más incisivo en el tratamiento de la cuestión de género con aportaciones específicas y singulares⁴⁸. Por añadidura, incorporó al ámbito de la negociación colectiva interna el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo⁴⁹, mediante el compromiso de los sujetos firmantes de promover la adaptación y desarrollo de su contenido a la realidad española con la significación que puede poseer a los efectos de este estudio⁵⁰. Como respuesta a un mercado laboral singular, el ANC 2003 ratifica el papel fundamental del diálogo social y la negociación colectiva como instrumentos correctores de las desigualdades existentes en las condiciones laborales de las mujeres⁵¹, destacándose como elemento estratégico el propio fomento de la igualdad de oportunidades y de trato⁵². Su promoción como objetivo prioritario es abordada con una amplitud inédita que tendrá continuidad: no sólo desde una perspectiva general o preambular, sino desde diversas ópticas referidas a los aspectos más decisivos de las condiciones de trabajo, en una línea de implementación del principio de transversalidad de género –muy tenue, desde luego–, a través de la fijación de objetivos desagregados en las relaciones laborales mediante la orientación del contenido de los convenios colectivos.

- De acuerdo con estas apreciaciones, el ANC 2003 considera criterios generales que deberán ser tenidos en cuenta por la negociación colectiva el mantenimiento del empleo y su promoción, así como el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo⁵³. Desde la perspectiva especí-

⁴⁶ Cit.

⁴⁷ Cit.

⁴⁸ BOE de 24 de febrero de 2003.

⁴⁹ Cap. VII. De 12 de julio de 2002, firmado por la CES, la UNICE/UEAPME y la CEEP. El texto se incorpora en el Anexo.

⁵⁰ Consideraciones sobre la competitividad y el empleo, punto 5. y Cap. V Punto 1. Criterios generales.

⁵¹ Cap. I.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cap. V, titulado Criterios en materia de empleo, flexibilidad interna, cualificación profesional e igualdad de trato en el empleo, punto 1, especialmente letras a), y d). Vid. también en el mismo Cap. el punto 2, apartado 2.2, letra c).

fica de los grupos con dificultades para acceder al mismo por prejuicios o condicionantes del propio mercado de trabajo⁵⁴, se indica que la acción de la negociación colectiva debe contribuir al fomento de actuaciones concretas encaminadas a eliminar cualquier tipo de discriminación⁵⁵. Entre estas, se ejemplifican en el caso de las mujeres medidas generales como la necesaria facilitación del acceso al mercado de trabajo, la diversificación y promoción profesional y el respeto a la igualdad de derechos cuando se hallen sujetas a contratación atípica⁵⁶.

- Además de lo anterior, hay que reseñar que la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, propiamente, es objeto de un tratamiento desagregado formalmente autónomo. Ocupa por primera vez un capítulo específico dentro de las sucesivas ediciones de los ANC⁵⁷. Se vertebra en torno a dos herramientas: la propuesta de criterios generales adecuados para su tratamiento por la negociación colectiva y el establecimiento de las buenas prácticas que la Comisión de Seguimiento se comprometió a elaborar y, ahora, a difundir⁵⁸. En el primer sentido, se proponen desde la adopción de cláusulas generales declarativas antidiscriminatorias y la depuración de contenidos convencionales obsoletos hasta la inclusión de cláusulas de acción positiva en fomento del acceso de las mujeres al empleo; la incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones y programación de la formación, conciliadoras de necesidades productivas y personales, pasando por el énfasis en la lectura en términos de impacto de condiciones de trabajo especialmente proclives a albergar discriminaciones fundadas en el género, como sucede con los sistemas de valoración de puestos y los marcos funcionales-retributivos⁵⁹.

También merece mención la propuesta sobre la evaluación de la aplicación de los convenios desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, a través del seguimiento realizado bien por la propia Comisión paritaria o mediante su delegación en comisiones de trabajo *ad hoc*, previsión ésta que ha de comple-

⁵⁴ Cap. V, punto 2, apartado 2.4.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cap. V, punto 2, apartado 2.4.

⁵⁷ Se le dedica el Cap. VI, rubricado La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

⁵⁸ Con carácter introductorio, Cap. I, apartado 3.5. Se establece el compromiso de elaboración, transformado en compromiso de difusión en el específico Cap. VI.

⁵⁹ Cap. VI.

mentarse con las líneas de mejora fijadas con carácter general para el funcionamiento eficaz de este tipo de órganos⁶⁰. En continuidad con su predecesor, el ANC 2003 recomienda la materialización de las propuestas a través del establecimiento de buenas prácticas. Como se ha esbozado, estas tenían como germen los trabajos de la Comisión de Seguimiento creada por el ANC 2002, que fructificaron en el documento denominado «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva»⁶¹. Su objetivo no es otro que incidir en la mejora de las condiciones laborales de las mujeres mediante la difusión de las posibilidades de intervención de los negociadores sobre un conjunto de *items* de tratamiento habitual en los convenios colectivos con indudable impacto de género, a través de la propuesta de cláusulas o medidas consideradas modélicas por sus efectos positivos.

4.4. El ANC 2005: soluciones concertadas y nuevas orientaciones

Agotada la prórroga del ANC 2003 para 2004⁶², la adopción del ANC 2005⁶³, con vigencia prorrogada para el año 2006⁶⁴, se produce en un contexto de diálogo social tripartito, manifestado en la precedente “Declaración para el diálogo social 2004 sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social”, de 8 de julio, suscrita por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con vocación de marcar el rumbo del diálogo social durante los cuatro años correspondientes a la legislatura. Dicha declaración de voluntades vino a consensuar la articulación del futuro proceso de diálogo social que debía desarrollarse en el corto y medio plazo, abriendo nuevos horizontes en torno a una serie de ámbitos configurados por orientaciones generales, materias y objetivos, unos encomendados al diálogo bipartito y otros al tripartito⁶⁵. Entre las materias susceptibles de ser abordadas en el proceso cuyos inicios inaugura la “Declaración”, dentro del objetivo de incrementar el empleo y la participación en el mercado de trabajo, se consagraron

⁶⁰ Cap. VI *in fine*, en relación con lo dispuesto en el Cap. IX.

⁶¹ Cit.

⁶² Acordada el 22 de diciembre de 2003 y vigente desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2004, publicada en BOE de 31 de diciembre de 2003.

⁶³ Cit.

⁶⁴ BOE de 10 de febrero de 2006.

⁶⁵ Preámbulo. Se fijaron trece grandes temas, para los que se constituyen distintas mesas de negociación, en unos casos tripartitas y en otros bipartitas. Vid, específicamente, Parte III, Ámbitos del diálogo social.

específicamente los principios de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y no discriminación como referentes para el diálogo social⁶⁶. De conformidad con éstos, se señaló que el Gobierno y los agentes sociales buscarían de manera concertada soluciones para promover la integración laboral de las mujeres y la mejora de sus condiciones de trabajo, así como la conciliación de la vida familiar y laboral mediante los instrumentos a su alcance⁶⁷. Uno de los frutos emblemáticos de este compromiso serían las medidas laborales y de Seguridad Social establecidas en la LOIEMH, introducidas a raíz del acuerdo con las centrales sindicales CC.OO. y UGT.

En este marco, el ANC 2005 debe su conclusión a la necesidad de dar continuidad a compromisos ya alcanzados, insistir en los objetivos de sus predecesores y añadir nuevos contenidos, condicionado por la persistencia de un contexto de incertidumbre económica que demanda respuestas⁶⁸. De conformidad, viene a abordar un conjunto de cuestiones y criterios generales que deberían reflejarse en los textos de los convenios colectivos firmados durante su vigencia, entre los que se halla de nuevo como elemento de reacción el fomento de la igualdad de trato y de oportunidades en una línea parecida a la del ANC 2003⁶⁹, aunque también se introducen algunas cuestiones novedosas en estos niveles de interlocución. Empleo e igualdad de oportunidades son los dos vectores que incorporan estas referencias. A ellos ha de sumarse la mención de la responsabilidad social de las empresas (en adelante RSE), que es necesario mencionar por sus potencialidades aunque no se incorporen referencias específicas de ningún tipo.

- En cuanto al empleo, hay que destacar que el ANC 2005 realiza un tratamiento de la cuestión de género similar al de su predecesor. Aun siendo un objetivo general, se abordan en este campo dos aspectos diversos de la problemática objeto de este estudio con diferente intensidad. Ante un mercado laboral en el que imperan el insuficiente nivel de empleo y la alta tasa de temporalidad, los interlocutores sociales establecen de nuevo como criterios generales que deberán tener en cuenta los convenios colectivos el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁷⁰. En el área dedicada a la contratación,

⁶⁶ Punto 2.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cap. I. Balance y Consideraciones iniciales.

⁶⁹ Cap. I y específicamente, Caps. V y VI.

⁷⁰ Cap. V, apartado Empleo.

se ofrece la orientación general del recurso voluntario a la fórmula contractual del teletrabajo y en el espacio dedicado a la flexibilidad y seguridad en el empleo, se preconiza conexamente la gestión flexible del tiempo de trabajo como mecanismo que permite avanzar en la conciliación de la vida laboral, personal y familiar⁷¹.

Hay que señalar que por primera vez se introduce en los compromisos bipartitos de este nivel la promoción de buenas prácticas de RSE, aspecto que conviene resaltar. Aunque se trate de una propuesta que no incluye referencias u objetivos específicos, ha de vincularse con la implementación del principio de igualdad de oportunidades y de trato y el enfoque integrado de género en la gestión empresarial. No hay que olvidar que las prácticas de RSE engloban aquellos comportamientos de las organizaciones que, de forma voluntaria y adicional al cumplimiento de la legalidad, reflejan el compromiso de asumir determinados valores o principios⁷², como sucede con los que se acaban de citar. El ANC 2005 es pionero en incorporar el tratamiento de una materia que venía siendo omitida por sus predecesores, a pesar de que los años 2001 y 2002 constituyeron hitos cronológicos claves en el amplio debate internacional sobre el tema⁷³, y de que dicho debate ha venido teniendo su reflejo en España mediante propuestas de diversa índole. Desde el punto de vista de este estudio, hay que concluir que el impulso decisivo en la materia se debió a la decisión del Gobierno y los interlocutores sociales de introducir la RSE en el marco de la “Declaración para el Diálogo Social 2004”, según se expresa en el propio ANC 2005⁷⁴, a instancias de la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social. El tratamiento de la RSE en estos niveles de interlocución y sus potenciales repercusiones en otros futuros ámbitos tienen una significación específica desde nuestra óptica, que ha de conectarse con el papel que más tarde le otorgará la LOIEMH.

⁷¹ Cap. V, apartado Flexibilidad y seguridad en el empleo.

⁷² Cap. VIII.

⁷³ Como demuestran respectivamente, entre otros hechos, la elaboración del Libro Verde de la Comisión Europea, titulado «Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas» Bruselas, 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 Final y la «Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible», Bruselas, 2 de julio de 2002, COM (2002) 347 Final.

⁷⁴ Cap. VIII.

- Como se ha apuntado, el ANC 2005 incorpora modificaciones respecto de sus inmediatos antecedentes en el tratamiento de la igualdad de oportunidades que han de ser destacadas. Dedicó un capítulo completo a la materia, con una organización formal y temática distinta a los anteriores, configurado por dos apartados: uno sobre igualdad de trato y oportunidades en el acceso y mantenimiento del empleo, donde no se olvida la perspectiva de género, y específicamente, otro para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres⁷⁵. Otra vez, la premisa de partida es el papel que la negociación colectiva puede jugar en la corrección de fenómenos de desigualdad promoviendo actuaciones concretas encaminadas a erradicar discriminaciones directas e indirectas mediante la adopción de estas líneas maestras como criterios de la negociación⁷⁶. En este sentido, se considera el establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de mujeres y hombres, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos existentes, y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la presencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales⁷⁷.

Cuando el ANC 2005 aborda desagregadamente la igualdad de oportunidades desde el enfoque de género se ofrece a los negociadores una propuesta específica triple: una serie de criterios generales para su tratamiento por la negociación colectiva, que reitera sugerencias precedentes; el recurso a la guía de buenas prácticas para avanzar en la aplicación de estos criterios elaborada a sus instancias; y la consideración de la negociación colectiva como cauce adecuado para facilitar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por la entonces reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género⁷⁸. Por lo que respecta a la primera cuestión, hay que explicar que, en general, se establecen aspectos o criterios para la negociación colectiva que abundan o reiteran incluso las recomendaciones sobre temas ya tratados por el ANC 2003, como sucede, por ejemplo, con la inclusión de cláusulas de acción positiva para disminuir la infrarrepresentación femenina, la igualdad de trato en los sistemas de selección, clasificación, promoción y formación; la erradicación de denominaciones funcionales en femenino; o

⁷⁵ Cap. VI.

⁷⁶ Cap. VI, apartado Igualdad de trato y oportunidades.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ BOE de 29 de diciembre de 2004.

como ocurre con el reubicado tratamiento del tiempo de trabajo como instrumento para la conciliación de la vida laboral y familiar y, en dimensión distinta, con la evaluación de la aplicación del convenio, a través del seguimiento realizado por la Comisión paritaria o comisiones específicas⁷⁹. No obstante, a pesar de la notoria reiteración, hay algunas diferencias materiales respecto de su predecesor: ahora se proponen a los agentes sociales aspectos que tienen un tenor más incisivo o concreto, por ejemplo en las conversiones de contratos temporales a indefinidos, lo cual merece una valoración positiva; y por el contrario, discutiblemente se eliminan criterios que aún siguen siendo de necesaria aplicación porque la problemática que justifica su inclusión continúa vigente (es el caso de las cláusulas declarativas antidiscriminatorias de tipo general y el recordatorio de la necesaria puesta al día de los convenios colectivos de acuerdo con las normas vigentes, que se tratan en el apartado inicial general del capítulo); o incluso se suavizan inexplicablemente, como sucede con la eliminación del criterio general de revisión de las diferencias retributivas sexistas que pudieran pervivir por conculcación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor. Junto a lo anterior, en segundo término, hay que subrayar que se insufla nueva vida al documento “Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”, que mantiene su vigencia y utilidad, según dispone el tenor del acuerdo⁸⁰. En tercer lugar, entre las novedades donde, como se apuntó antes, se enfatiza expresamente el papel de la negociación colectiva para facilitar el ejercicio efectivo de derechos⁸¹, hay que reseñar las impuestas por la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 1/2004, que vino a incluir un conjunto de disposiciones laborales novedosas, como, por ejemplo, el derecho de las trabajadoras víctimas de violencia a la reordenación de su tiempo de trabajo (por adaptación del horario o aplicación del horario flexible; por reducción de jornada con disminución salarial proporcional); a la movilidad geográfica; al cambio de centro de trabajo; a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo e incluso, finalmente, a la extinción del contrato⁸².

4.5. El ANC 2007: la ratificación de criterios y el Proyecto de LOIEMH como elemento de influencia

La firma del ANC 2007 obedeció a la necesidad de dar continuidad a la línea iniciada a principios de la legislatura con la “Declaración para el Diálogo

⁷⁹ Cap. VI, apartado Igualdad de trato y oportunidades.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Cap. VI, apartado Igualdad de trato y oportunidades *in fine*.

⁸² Cap. VI *in fine*.

Social 2004”⁸³. La influencia de la entonces proyectada LOIEMH, que entró en vigor un mes después que el acuerdo, aparece también como elemento distintivo del pacto. Este aborda una serie de cuestiones y criterios interrelacionados en una tendencia de incorporación de los resultados del proceso del diálogo social desarrollado y de mantenimiento de los objetivos de acuerdos anteriores con la idea de orientar la negociación de los convenios colectivos⁸⁴, cuya conclusión y adecuada articulación son imprescindibles⁸⁵.

- De conformidad con el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, de 9 de mayo de 2006, el ANC 2007 prevé que los convenios colectivos pactados bajo su vigencia deben tener en cuenta el cumplimiento y promoción del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo⁸⁶, como vector que corre parejo al mantenimiento del empleo y la promoción del mismo, en particular para los colectivos que tienen especial riesgo de desempleo. Por ello, los convenios colectivos deberán seguir avanzando en la asunción de las competencias que la legislación laboral traslada a la negociación colectiva en materia de contratación, de acuerdo con los criterios, entre otros, de promoción de la contratación indefinida inicial, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades, teniendo para ello en cuenta las normas e instrumentos vigentes destinados a grupos con especiales dificultades de inserción laboral, como ocurre específicamente con las mujeres, objeto de reiterada consideración aunque sea indirectamente, en tanto que pueden encajar en diversos perfiles necesitados de promoción, como sucede, por ejemplo, con la mención a las personas víctimas de violencia de género⁸⁷, o de manera mucho más general, como colectivo particularmente sometido a la rotación temporal⁸⁸.

⁸³ Ambos cit.

⁸⁴ Cap. I *in fine*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Cap. V, titulado Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta, apartado 3, dedicado a Flexibilidad y seguridad. Reestructuraciones. Observatorios. Absentismo.

Los contenidos del mencionado Acuerdo fueron recogidos por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, BOE de 30 de diciembre de 2006, que vino a aportar un programa de bonificaciones al empleo estable y nuevas normas en materia de contratación y de subcontratación.

⁸⁷ Cap. V, apartado 1, Empleo y contratación.

⁸⁸ *Ibidem*.

Por sus potenciales repercusiones negativas en las trabajadoras, las recomendaciones en materia de estructuras profesionales han de ser contempladas con cautela, sobre todo la remisión realizada en última instancia a los grupos que fijaba el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos de 1997⁸⁹. Recuérdese que el elenco de factores de encuadramiento profesional propuesto en este pacto para la elaboración del sistema de grupos profesionales es bastante cuestionable por su carácter sesgado, incompatible en muchos aspectos con el principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres por trabajos iguales o de equivalente valor.

La cuestión de la conciliación se trata sin especificidades relativas a las trabajadoras, en una tendencia que apunta a la corresponsabilidad como criterio orientador de la negociación colectiva. En este sentido, de nuevo, se apuesta por la gestión flexible del tiempo de trabajo en los convenios colectivos, a través de instituciones como la duración y redistribución de la jornada, su cómputo anual y su distribución flexible; la limitación de las horas extraordinarias que no sean estrictamente necesarias y la utilización de sistemas flexibles de jornada, con el objetivo de conciliar las necesidades de las empresas con las de los trabajadores y trabajadoras⁹⁰. Esta línea parece comunicar el espíritu de la LOIEMH, aun en tramitación parlamentaria cuando se inicia la vigencia del ANC 2007. Recuérdese que el citado texto legal introduce un nuevo apartado en el art. 34 del ET, prescribiendo que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades familiares y laborales⁹¹.

Progresando en el perfil abierto por el ANC 2005⁹², el pacto formula aportaciones, bastante ambiguas por otro lado, sobre la RSE, materia en la que los firmantes reclaman un protagonismo más intenso de las empresas, los trabajadores y sus organizaciones representativas, estando previsto abordarlo en el diálogo tripartito en 2007: en este sentido, la incorporación de la RSE al temario de la agenda del diálogo social por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales dio lugar a que la Mesa de Diálogo Social sobre RSE elaborase durante la vigencia del acuerdo el documento de consenso “La RSE. Diálogo Social”⁹³, aprobado a finales de 2007 por la Comisión de Seguimiento

⁸⁹ Cap. V, apartado 3. La referencia se hace al texto publicado en BOE de 29 de junio de 1997.

⁹⁰ Cap. V, apartado 3.

⁹¹ Disp. Ad. 11^a.3.

⁹² Como se indica en el Cap. VIII.

⁹³ Puede consultarse en www.mtas.es/empleo/economía/soc.

y Evaluación del Diálogo Social. Como también se indicaba ya en el propio ANC 2007⁹⁴, diálogo social y negociación colectiva resultan reforzados por el mismo. Aunque no existen referencias expresas al tema que nos ocupa, entre sus objetivos interesa destacar la extensión de las buenas prácticas laborales y las políticas de igualdad de oportunidades⁹⁵, especificación de algunos de los propuestos en el propio ANC que le sirve de telón de fondo⁹⁶.

- De una forma bastante continuista, salvo algunas matizaciones específicas, la igualdad de trato y oportunidades se aborda desde la reiterada idea-fuerza de que la negociación colectiva puede contribuir a la corrección de posibles fenómenos de desigualdad, promoviendo actuaciones concretas dirigidas a eliminar discriminaciones directas e indirectas⁹⁷. Por esta causa, debe ser un criterio de la negociación reconocer la diversidad y facilitar la igualdad de trato y la no discriminación en las condiciones laborales. Para ello, debería abordar aspectos como la adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o de manera específica en apartados concretos de los convenios; la adecuación del contenido de los mismos a la normativa vigente o su mejora, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas en materia de no discriminación y reconocimiento de la igualdad de trato, como ya se indicaba en el ANC 2005. En una línea precursora, se especifica que esta adecuación debe extenderse también a los contenidos en materia de prevención de riesgos laborales para la maternidad, la lactancia y la reproducción, así como el tratamiento del acoso sexual. Se postula además que la gestión de la diversidad ha de contemplar la igualdad de condiciones laborales, la promoción de la estabilidad laboral, la formación, acceso y mantenimiento del empleo. Desde este enfoque se vuelven a introducir las mismas referencias expresas a la cuestión de género contenidas en su antecesor, que no procede reiterar.

Con la sistemática ya empleada anteriormente, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se trata como un apartado desagregado dentro del bloque dedicado a la igualdad de trato y oportunidades. El pacto ratifica la vigencia y actualidad de los criterios que desde el año 2002 se han venido

⁹⁴ Cap. VIII.

⁹⁵ Punto 6.

⁹⁶ Cap. VIII.

⁹⁷ Cap. VI.

considerando, introduciendo la declaración expresa de su adecuación a los contenidos previstos para la negociación colectiva en la aun futura LOIEMH. Incomprendiblemente desaparece la mención directa a la vigencia y utilidad del documento “Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva”, subrayadas por la edición de 2005, aunque habrá de entenderse su continuidad como referencia⁹⁸. Como su precedente, el ANC 2007 establece de nuevo la consideración de la negociación colectiva como cauce adecuado para facilitar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por la Ley Orgánica 1/2004⁹⁹.

Finalmente, la evaluación del desarrollo de las orientaciones propuestas por el acuerdo en materia de igualdad de género se contempla desde dos perspectivas diferentes. Por un lado, las organizaciones firmantes se comprometen a analizar, en el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, la aplicación de los contenidos del mencionado Proyecto de LOIEMH. De otro, como se establece en su antecesor, se contempla como criterio general adecuado para su tratamiento por la negociación colectiva la evaluación de la aplicación de los convenios desde la perspectiva de género, a través del seguimiento realizado por la propia Comisión Paritaria o por delegación en comisiones de trabajo específicas¹⁰⁰.

4.6. La prórroga del ANC 2007 para 2008: la implementación de la LOIEMH

El ANC 2007 fue prorrogado para el año 2008, lo cual supuso ampliar la vigencia de los criterios, orientaciones y recomendaciones propuestos¹⁰¹. No obstante, no puede hablarse de una mera prórroga del mismo ya que se introducen algunas actualizaciones necesarias derivadas del vigor de la LOIEMH. Además, su vigencia se solapa con la “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social” de 29 de julio de 2008, firmada por los interlocutores sociales y el Gobierno con vocación de pautar el diálogo social hasta 2012.

- Por lo que se refiere a la primera línea de comentario, se declara literalmente que el capítulo dedicado a la igualdad de trato y oportuni-

⁹⁸ Vid. nota 8 del ANC 2007.

⁹⁹ Vid. *supra*.

¹⁰⁰ Cap. VI, apartado dedicado a Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

¹⁰¹ Acta de prórroga..., cit.

dades mantiene plena vigencia, si bien, por un lado, debe sustituirse la referencia al Proyecto de Ley Orgánica por la lógica alusión a la LOIEMH, en vigor desde marzo de 2007. Los criterios pactados conservan su vigencia y actualidad –incluidas las previsiones sobre la evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género– en tanto que se adecuan a los contenidos previstos para la negociación colectiva en la citada norma¹⁰², acentuándose su carácter desagregado. El ANC 2008 enfatiza el potencial de la negociación colectiva en la implementación de los principios de igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras alineándose con el articulado de la citada disposición. En este sentido, resulta muy útil la llamada a la unificación conceptual de las definiciones de discriminación directa, indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo y discriminación por embarazo o maternidad empleadas por los convenios colectivos, que han de ser concordantes con las contenidas en la LOIEMH¹⁰³. Desde una perspectiva estratégica, son dignas de comentario las excesivamente someras orientaciones propuestas acerca de la figura legal del plan de igualdad para las empresas, preceptivo para las organizaciones de más de 250 trabajadores, que deberá ser objeto de negociación, y en su caso, acuerdo con los representantes legales de los trabajadores¹⁰⁴. El ANC 2008 prevé que la articulación del deber de negociar planes de igualdad se realizará en el marco de los futuros convenios colectivos, sin que se precise en modo alguno, en la misma línea de indeterminación legal.

En lo que respecta a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como se ha apuntado antes, la LOIEMH prescribe que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo. En concordancia con el citado texto legal, el ANC 2008 remite a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario el establecimiento de los términos en que el trabajador ejercerá el mismo, pero sin mayor concreción¹⁰⁵.

Es importante subrayar que también se abordan, aunque muy escuetamente, las medidas para la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la

¹⁰² Anexo II.

¹⁰³ Arts. 6, 7 y 8 de la LOIEMH.

¹⁰⁴ Art. 45 de la LOIEMH.

¹⁰⁵ Art. 34.8 del ET introducido por la LOIEMH, ya mencionado en texto. Vid. igualmente los concordantes arts. 37.4 y 48 bis del ET.

realización de campañas informativas o acciones de formación, que habrán de ser negociadas con los representantes de los trabajadores¹⁰⁶. En relación con este tema, aunque con el consiguiente cambio de perspectiva, igualmente hay que mencionar la asunción del Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Lugar de Trabajo por los firmantes de la prórroga del ANC 2007, cuyo texto se incorpora a los efectos de su transmisión a los negociadores y representantes empresariales y sindicales¹⁰⁷. Aunque se dirige a todos los trabajadores y sectores en general, no hay que dejar de reconocer que existen determinados colectivos especialmente afectados por esta problemática, como sucede paradigmáticamente con las trabajadoras.

Finalmente, aunque es muy difícil predecir los futuros resultados, hay que concluir indicando que la “Declaración para el impulso de la economía, el empleo, la competitividad y el progreso social” atiende a la voluntad de reforzar la función de los interlocutores sociales, que en un contexto de compleja situación económica es todavía más decisiva. Establece como objetivos tanto cuestiones pendientes de desarrollo como nuevas prioridades. En este sentido, la problemática de las trabajadoras se aborda, en términos generales, como se ha venido haciendo en los propios ANC: como colectivo destinatario de las políticas de empleo enfocadas a los grupos con más dificultades y con un tratamiento específico, destinado a poner de relieve, que junto a los logros alcanzados, es necesario continuar progresando en la ampliación de la participación de las mujeres, evitar la discriminación salarial y avanzar en la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral.

5. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA E IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Desde la óptica que guía este trabajo, hay que subrayar que el contenido de los convenios colectivos ha pasado de regular exclusivamente una serie de cuestiones casi estandarizadas a ocuparse del tratamiento de materias que antes

¹⁰⁶ Acta de Prórroga..., cit., en relación con el art. 48.1 de la LOIEMH.

¹⁰⁷ De 26 de abril de 2007, firmado por *Business Europe*, UEAPME, CEEP y la CES (incluyendo representantes del Comité de Enlace CEC/Eurocuadros), incorporado en el anexo IV de la prórroga. En este sentido, vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, por la que se transmite el Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y Violencia en el Trabajo, Bruselas 8 de noviembre de 2007, COM/0686 Final.

¹⁰⁸ Vid. Cruz Villalón, J., El marco normativo de la negociación colectiva en España, *Temas Laborales* N.º. 76, 2004, pg. 19.

estaban consideradas de tipo secundario¹⁰⁸, o que eran simplemente ignoradas, como sucede con la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres y la visión transversal de género¹⁰⁹. Parte de esta favorable evolución es debida a intervenciones del diálogo social concretadas a través de los ANC, que han servido de orientación para los negociadores. Frente a los riesgos de la inercia negocial, estos acuerdos pueden resultar enormemente válidos para implantar en los diversos ámbitos negociales un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo, donde la tendencia sea la paridad y la eliminación de los menoscabos de los derechos de las trabajadoras y, en su caso, la inclusión de acciones positivas, todo ello dentro de un enfoque integrado. Ante los resultados de su proceso evolutivo sólo cabe concluir una valoración favorable, aunque con cautelas, principalmente por las dificultades existentes para la traslación de tales pautas a niveles inferiores y, seguramente, debido además a que la complejidad de los objetivos a alcanzar parece exigir medidas mucho más ambiciosas y concretas.

Por último y como complemento de lo anterior, hay que recordar que nuestro ordenamiento viene a configurar diferentes posibilidades de intervención de la negociación colectiva en un amplio abanico de materias entre las que se halla el campo de la igualdad de género¹¹⁰. Este aspecto ha sido reforzado por las modificaciones introducidas por la LOIEMH¹¹¹, que, aunque muy genérica en bastantes aspectos¹¹², ha establecido el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, en su caso, planes de igualdad en el marco de la negociación colectiva¹¹³, así como la facultad de establecer medidas de acción positiva¹¹⁴. Estas previsiones

¹⁰⁹ Consejo Económico y Social, *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*, Madrid 2003, pg. 31. Vid. también *Criterios unitarios CC.OO. UGT...2009*, cit., pg. 7. Para una visión evolutiva, pueden verse, entre otros estudios, Pérez del Río, T., Fernández López, M.F., y Del Rey Guanter, S., *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid 1993; AA.VV. (Pérez del Río, T., coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid 1997 así como AA.VV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Observatorio de la negociación colectiva, Madrid 2008.

¹¹⁰ Vid. arts. 82.2 y 85 del ET.

En el mismo sentido, Consejo Económico y Social, *La negociación colectiva...*, cit., pg. 32.

¹¹¹ Vid. el Título IV.

¹¹² Escudero Rodríguez, R., *Igualdad entre mujeres y hombres*, en AA.VV., *La negociación colectiva...*cit., pgs. 194 y 195.

¹¹³ Art. 85.1 y 2 del ET.

¹¹⁴ Vid. art. 43 de la LOIEMH en relación con el art. 17.4 del ET.

legales han de anudarse a la idea de que la promoción de la paridad desde un enfoque transversal significa buscar la integración de las mujeres en el mercado de trabajo mediante la realización de los esfuerzos que sean necesarios para cambiar las condiciones de trabajo en aspectos que vienen marcados en gran medida por patrones sesgados, como el acceso al empleo; la infrarrepresentación en sectores y niveles; la formación, selección y promoción profesional; la contratación atípica; la brecha salarial; el ejercicio del derecho a la natalidad; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y la protección social. Al margen de los mecanismos legales para su control, su supresión exige a los interlocutores sociales la revisión crítica de las regulaciones contenidas en los convenios colectivos y la normalización de la realización de análisis previos de impacto a los efectos de aplicar eventuales acciones correctoras, así como protocolos de seguimiento de la aplicación de los mismos¹¹⁵, a los efectos, en su caso, de replantear formulaciones. La efectividad de estas intervenciones depende en gran medida tanto de su planificación y articulación como de su homogeneidad, condiciones que pueden ser satisfechas por los ANC, con respeto desde luego a la autonomía colectiva, a través de la inclusión de objetivos específicos convenientemente trazados.

6. CONCLUSIONES

En la estrategia de eliminación de las desigualdades estructurales que determinan la situación de las mujeres en el mercado de trabajo español, la participación de los interlocutores sociales, a través del diálogo social y la negociación colectiva, es fundamental para lograr la igualdad efectiva sin distinciones basadas en el género. Los agentes sociales son destinatarios de un marco jurídico que han de respetar en todas sus actuaciones y que les otorga amplias facultades de acción en esta materia, aunque no siempre asumidas y ejercidas con eficacia. A pesar de ello, puede concluirse que, debido tanto a la persistencia de las características del mercado laboral y sus efectos como a las sucesivas intervenciones públicas, los partícipes sociales han terminado asimilando como objetivo propio la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres y la eliminación de las discriminaciones en el marco de las relaciones laborales, desde un enfoque, que aunque susceptible de notables mejoras, no deja de ser cada vez más transversal. Desde 1997 hasta la fecha se asiste a un proceso de desarrollo del tratamiento de la situación laboral

¹¹⁵ En el mismo sentido, Escudero Rodríguez, R., ob. cit., pgs. 195 y 196.

de la mujer por parte del diálogo social, observándose que la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato ha ido adquiriendo protagonismo con un carácter cada vez más desagregado. Ha venido pautado básicamente a través de las diversas ediciones de los ANC, que han servido de orientación dentro de un contexto de reconocimiento progresivo del papel estratégico de la autonomía colectiva frente a las disfunciones existentes en un mercado de trabajo fuertemente sesgado y cuyo propósito es el establecimiento de los criterios generales que han de orientar la dirección que debe prevalecer en la negociación de los convenios colectivos. Aun con sus deficiencias, la asunción de estas directrices por los negociadores ha determinado una cierta evolución cualitativa en sus clausulados, que paulatinamente comienzan mostrar una perspectiva de género. Sin embargo, la valoración ha de realizarse con cautela y los frutos calificarse de discretos, principalmente por las dificultades existentes para la traslación de tales pautas intersectoriales a niveles inferiores con su correspondiente seguimiento y a que la complejidad de los objetivos a alcanzar parece exigir medidas más incisivas. En este sentido, habrá que esperar a los resultados de la negociación colectiva en el marco de la implementación de la LOIEMH para, en su caso, replantear las fórmulas establecidas.

Mercado de Trabajo

LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA ESTÁ AÚN LEJANA

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (TERCER TRIMESTRE DE 2009)*

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

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

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis, desempleo

La economía española parece haber entrado en una fase de estancamiento en la que no se vislumbra la salida del túnel, como sí se muestra en otros países de nuestro entorno más inmediato. Como consecuencia de ello la ocupación sigue su proceso de deterioro en este tercer trimestre de 2009. Se ha producido una reducción de la oferta de trabajo por lo que el número de desempleados se ha reducido este trimestre aunque sigue creciendo en términos de tasa interanual. En lo que respecta a Andalucía se observan estas mismas pautas de comportamiento general. La pérdida de empleo está afectando de forma especial a los varones y en términos relativos a los extranjeros que experimentan las tasas de paro más altas.

ABSTRACT

Key Words: Crisis, unemployment

The Spanish economy seems to have entered into a period of stagflation and it is difficult to discover the exit of the tunnel, on the contrary, in other European countries the end of the economic crisis seems to be near. As a consequence of this slow process, Spanish employment continues a process of deterioration in this third quarter of 2009. There is also taking place a reduction in the labour supply so, the total number of unemployed has been reduced this quarter although unemployment is still growing attending to annual rates. With respect to the Andalusian Labour Market we find similar behaviour in the main variables. Although unemployment growth seems to have stopped, the process of destruction of employment goes on affecting, with especial strength, to males and foreigner workers.

ÍNDICE

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

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La economía española parece haber entrado en una fase de estancamiento en la que no se vislumbra la salida del túnel, como sí se muestra en otros países de nuestro entorno más inmediato.

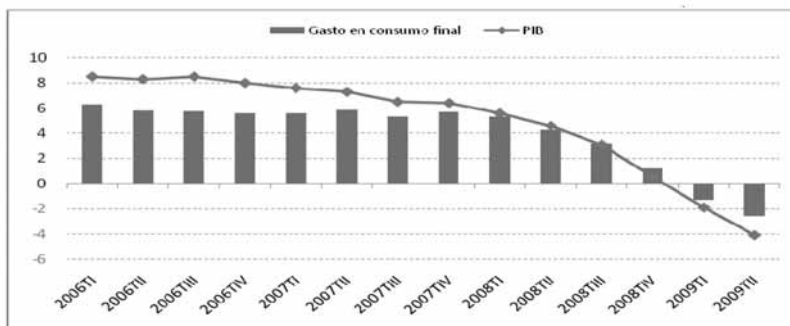
La demanda interna, la verdadera opción para encontrar la senda de crecimiento, seguiría hundiéndose si no fuera por el esfuerzo de gasto público que se ha llevado a cabo, especialmente a través del denominado Plan E y sus diferentes intervenciones.

La inversión, tan necesaria para sentar las bases del adecuado crecimiento en el marco de un nuevo modelo productivo, tal y como gobierno y agentes sociales se encargan de repetir, ha de centrarse no en la construcción, sino debe dirigirse hacia los espacios de innovación y mejora del entramado productivo español. Con el fuerte crecimiento registrado en este componente del PIB en los años expansivos, aunque basado en la inversión en construcción, parece que se hubiera alcanzado cierta capacidad instalada que, en los momentos actuales, permitiera no sólo una diversificación de esa inversión, sino también una mejora de la capacidad productiva.

El problema es que no hay demanda capaz de absorber el potencial producto: la crisis ha provocado un sentimiento de miedo y prudencia ante el futuro que ha disparado las tasas de ahorro (en el 17,5 por ciento) hasta niveles “incompatibles” con la recuperación del gasto en consumo final, verdadero motor de crecimiento de la economía española.

Hasta 2008, este componente del PIB aportaba en torno a 5 puntos al crecimiento del PIB. En el segundo trimestre de 2009, resta 2,6 puntos a la evolución del PIB.

Contribución al crecimiento del PIB del gasto en consumo final, 2006-2009

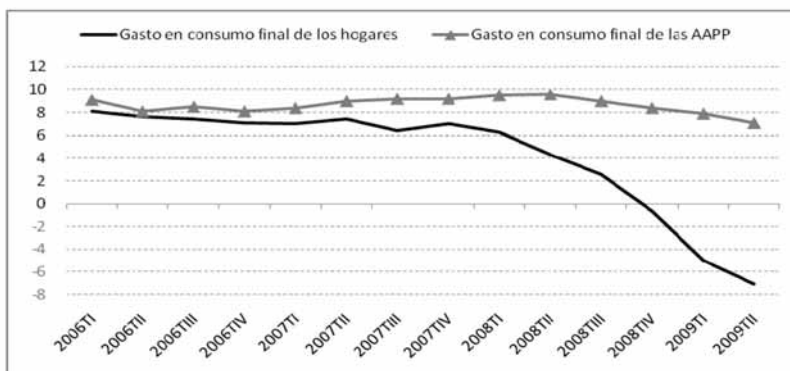


Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral (INE).

Desde el tercer trimestre de 2008, aumentó menos el gasto de los hogares que el conjunto de la economía. En ese momento, entra en juego con mayor relevancia el gasto público, comenzando con su conjunto de estabilizadores automáticos, hasta representar el 27,8 por ciento del gasto total en el segundo trimestre del presente año.

De hecho, es el único de los componentes del PIB que continúa sumando al PIB, pues el resto lo que aportan es, precisamente, esa falta de reacción o estancamiento de la economía española.

Consumo final de los hogares y del sector público, 2006-2009



Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral (INE).

Durante el año 2009, la economía española está acentuando la trayectoria de ajuste que había iniciado a lo largo del ejercicio anterior. En el segundo trimestre, la tasa de crecimiento interanual del PIB se redujo hasta el -4,2 por ciento, mientras registraba una caída intertrimestral del -1,1 por ciento, inferior al -1,6 por ciento del trimestre anterior.

Contabilidad Nacional Trimestral. Base 200

Tasas interanuales (% variación)

	2006	2007	2008	IT 2009	IIT 2009
OFERTA					
Agricultura y pesca	2,5	1,8	-0,8	-2,3	-1,0
Energía	-0,1	0,9	1,9	-7,3	-9,7
Industria	1,9	0,9	-2,1	-15,0	-18,1
Construcción	5,0	2,3	-1,3	-5,7	-6,0
Servicios	4,4	5,0	2,2	-0,2	-1,1
PIB p.m.	3,9	3,6	0,9	-3,2	-4,2
DEMANDA					
Gasto en consumo final	4,1	4,1	0,9	-2,2	-3,0
• de los hogares	3,9	3,6	-0,6	-5,1	-5,9
• de las ISFLSH	4,9	4,5	0,8	1,6	3,4
• de las AA.PP.	4,6	5,5	5,5	6,4	5,1
Formación bruta capital fijo	7,1	4,6	-4,4	-15,2	-17,0
• Bienes de equipo	10,2	9,0	-1,8	-24,2	-28,9
• Construcción	5,9	3,2	-5,5	-11,5	-12,0
• Otros productos	7,1	3,6	-4,3	-14,0	-15,9
Variación de existencias¹	0,2	-0,1	0,1	0,1	-0,1
Demanda Nacional¹	5,3	4,4	-0,5	-6,1	-7,3
Exportaciones	6,7	6,6	-1,0	-17,6	-15,7
Importaciones	10,3	8,0	-4,9	-22,9	-22,3
Demanda externa neta¹	-1,5	-0,8	1,4	3,0	2,9
PIB p.m.	3,9	3,6	0,9	-3,2	-4,2

Fuente: Elaboración propia a partir de la Contabilidad Nacional Trimestral de España, INE.

¹ Contribución al crecimiento del PIB, en puntos porcentuales.

En cuanto a la inversión, la formación bruta de capital fijo cae un 17 por ciento interanual en el segundo trimestre de 2009, con una diferencia de casi 2 puntos porcentuales respecto al primero. Esto coloca ya en términos negativos la inversión del año 2009. Es en la inversión en bienes de equipo donde se observa la mayor caída (del 28,9 por ciento en el último dato disponible), aunque el apartado de construcción sigue perdiendo un 12 por ciento.

De manera que una de las principales características de la crisis, además de la caída del gasto en consumo, es el desplome de inversión empresarial. La pérdida de la inversión en bienes de equipo refleja el estancamiento de la actividad económica y el fuerte deterioro de la confianza empresarial.

Con todo ello, la demanda nacional presenta una aportación negativa al conjunto de la economía (-7,3 puntos porcentuales en el segundo trimestre de 2009), cambiando la tendencia de los últimos años, y adquiriendo por tanto un mayor relevancia a la demanda externa como motor en la composición del PIB, aunque su peso relativo sigue siendo inferior al de la demanda interna.

Diferentes fuentes coinciden en subrayar 2009 como el peor año de la presente recesión económica. Las previsiones de otoño de la Comisión Europea (publicadas el 3 de noviembre) cifran la caída del PIB de la Unión Europea en el 4,1 por ciento, un descenso del empleo del 2,6 por ciento y una subida de la tasa de desempleo hasta el 9,4 por ciento. Para 2010, el PIB logrará estabilizarse en Europa (con una caída de apenas el 0,1 por ciento), mientras el empleo descenderá un 1,4 por ciento.

Previsiones económicas mundiales

	PIB		Consumo Privado		Inversión Empresarial		Producción Industrial		IPC	
	2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010	2009	2010
EE UU	-2,5	2,6	-0,7	1,5	-18,2	-0,3	-10,3	3,5	-0,4	1,9
Japón	-5,7	1,5	-1,1	0,6	-19,5	-0,7	-22,3	10,7	-1,2	-0,8
Alemania	-5,0	1,4	0,7	-0,1	-19,8	1,0	-16,3	4,2	0,3	0,9
Francia	-2,1	1,2	0,6	0,7	-7,4	-0,8	-12,4	2,3	0,1	1,2
España	-3,7	-0,5	-4,9	-1,1	-15,1	-5,7	-17,1	-3,0	-0,2	1,4
Eurozona	-3,9	1,1	-0,9	0,3	-10,1	0,0	-14,5	2,1	0,3	1,2

Fuente: Consensus Forecast, octubre 2009.

En España, también 2009 se erige como el año más difícil de la recesión. Las proyecciones oficiales (septiembre 2009) indican para el ejercicio un descenso del PIB del 3,6 por ciento, junto a una reducción del empleo del 5,9 por ciento y un incremento de la tasa de paro hasta rozar el 18 por ciento. Coinciden las previsiones en fechar el inicio de la fase de recuperación económica en 2010, año en el que se espera que frene la destrucción de empleo (con una tasa del -1,7 por ciento), gracias al mejor comportamiento del PIB (-0,3 por ciento). Para los años 2011 y 2012 las tasas de crecimiento son positivas con un 1,8 por ciento y un 2,7 por ciento, respectivamente. Por su parte, se prevé una tasa de paro del 17,9 por ciento en 2009, del 18,9 por ciento en 2010, del 18,4 por ciento en 2011 y del 17,1 por ciento en 2012.

Escenario macroeconómico para España, 2009-2010

Variación %	Gobierno de España		Comisión Europea	
	2009	2010	2009	2010
PIB real	-3,6	-0,3	-3,7	-0,8
Consumo final privado	-4,1	-0,4	-5,2	-0,5
Consumo final AAPP	2,9	1,8	4,3	1,7
Formación bruta de capital fijo	-14,2	-4,7	-15,6	-8,4
Demanda nacional	-5,6	-1,0	-6,6	-1,9
Empleo	-5,9	-1,7	-6,6	-2,3
Tasa de paro	17,9	18,9	17,9	20,0

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda (Previsiones de 28 de septiembre de 2009) y Comisión Europea (Previsiones de otoño, 3 de noviembre de 2009).

Nos encontramos en un punto crucial de la crisis, pues parece que en algunos países se apunta ya hacia la recuperación. En España, las condiciones de actividad (casi más bien de la no actividad) productiva no permiten avanzar cuándo se producirá la recuperación del mercado de trabajo. Si se encausa hacia el cambio del modelo productivo habrá de adaptarse nuestro mercado laboral. Mientras, sólo cuando aumente el consumo se podrá avanzar en la senda de frenar la destrucción de empleo y de iniciar la recuperación en la creación de empleos.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

Por segundo trimestre consecutivo cae la población activa, española (en un 0,2 por ciento) e inmigrante (en un 1,4 por ciento), respecto al trimestre anterior. La reducción es del 0,4 por ciento y la mayor parte proviene del retiro anticipado de los hombres (prejubilaciones y expedientes de regulación de empleo, ya que la población activa entre los hombres mayores de 55 años es la que más disminuye, en un 1,7 por ciento). Es la población activa masculina la que cae en mayor medida en términos trimestrales (un 0,7 por ciento, mientras la de las mujeres no varía), aunque también lo hace respecto a la población activa masculina de hace un año (en un 1,6 por ciento, cuando las mujeres en activo aumentaron, por el contrario, en un 2,6 por ciento).

Se eleva por tanto la población inactiva masculina, en términos interanuales, en un 4,9 por ciento, mientras las mujeres que no participan en el mercado de trabajo descienden en un 1,6 por ciento, respecto al tercer trimestre de 2008.

Número de activos por género, edad y nacionalidad, 2008 - 2009

ACTIVOS (miles)	1T-08	2T-08	3T-08	4T-08	1T-09	2T-09	3T-09
Hombres	12.942,50	13.042,30	13.112,50	13.029,50	13.026,70	12.990,00	12.904,10
% var trim		0,8	0,5	-0,6	-0,0	-0,3	-0,7
Mujeres	9.633,90	9.764,40	9.832,60	10.035,20	10.074,80	10.092,50	10.089,40
% var trim		1,4	0,7	2,1	0,4	0,2	-0,0
Menores de 25 años	2.350,00	2.402,80	2.530,20	2.348,80	2.267,70	2.241,70	2.293,90
% var trim		2,2	5,3	-7,2	-3,5	-1,1	2,3
Mayores de 55 años	22.576,50	22.806,70	22.945,10	23.064,70	23.101,50	23.082,40	22.993,50
% var trim		1,0	0,6	0,5	0,2	-0,1	-0,4
Espanoles	18.905,30	19.049,00	19.124,00	19.157,50	19.115,30	19.087,60	19.041,70
% var trim		0,8	0,4	0,2	-0,2	-0,1	-0,2
Hombres	11.020,30	11.062,50	11.131,80	10.996,80	10.973,10	10.911,40	10.894,10
% var trim		0,4	0,6	-1,2	-0,2	-0,6	-0,2
Mujeres	8.110,30	8.221,10	8.242,30	8.402,00	8.403,90	8.460,50	8.440,50
% var trim		1,4	0,3	1,9	0,0	0,7	-0,2
Extranjeros	3.445,80	3.523,10	3.571,00	3.665,90	3.724,50	3.710,60	3.658,80
% var trim		2,2	1,4	2,7	1,6	-0,4	-1,4
Hombres	1.922,20	1.979,70	1.980,70	2.032,70	2.053,60	2.078,60	2.010,00
% var trim		3,0	0,1	2,6	1,0	1,2	-3,3
Mujeres	1.523,70	1.543,30	1.590,30	1.633,20	1.670,90	1.632,00	1.648,90
% var trim		1,3	3,0	2,7	2,3	-2,3	1,0
TOTAL ACTIVOS	22.576,50	22.806,60	22.945,10	23.064,70	23.101,50	23.082,50	22.993,50
% var trim		1,0	0,6	0,5	0,2	-0,1	-0,4

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Dentro de este grupo de inactivos, el que corresponde a los mayores de 55 años presenta incrementos acordes a los datos que apuntan los expedientes de regulación de empleo que terminan en extinción de contrato (muchos de los cuales suponen la prejubilación de trabajadores por encima de 55 años –o incluso menos–). Habría que considerar también aquellos expedientes de suspensión temporal del empleo y que, finalmente, con el paso de los meses y la no recuperación de la actividad económica, acaban convirtiéndose en expedientes de extinción.

Desde que se desencadenara la actual crisis económica que azota a nuestra economía, allá por el otoño de 2008, hasta el mes de agosto de este año, se han autorizado 17.297 expedientes que afectaron a 526.539 trabajadores. De estos expedientes, 4.187 fueron de extinción, involucrando a 65.073 trabajadores; 11.406 expedientes fueron de suspensión temporal, afectando a 442.956 trabajadores y los 1.704 de reducción de jornada supusieron la modificación de la misma para 18.510 empleados.

En todos los casos, la proporción de hombres afectados por ERE es muy superior a la de mujeres (en el entorno del 70-80 por ciento), lo que se explica por el mayor predominio de hombres en los sectores industriales donde se han llevado a cabo la mayor parte de las reestructuraciones.

Donde se produce una mayor reducción de la población activa, respecto al segundo trimestre del año, es entre el grupo de extranjeros: los varones se reducen en un 3,3 por ciento, frente a la caída del 0,2 por ciento entre los hombres nacionales. Mientras en el caso de las mujeres, son las que sostienen la evolución de la población activa femenina total, pues entre las mujeres españolas cae la participación en el mercado de trabajo en un 0,2 por ciento, cuando entre las extranjeras se eleva en un 1 por ciento. En total, este trimestre registra, por segundo trimestre consecutivo, una caída de la población activa, en esta ocasión, de un 0,4 por ciento.

Sin embargo, al comparar los datos con el mismo trimestre del año 2008, el conjunto de la población activa, nacional y extranjera, continúa creciendo, a un ritmo mucho más reducido, eso sí: el 0,2 por ciento, frente a los aumentos anuales del 3 por ciento que se registraban hace apenas un año. En esta comparación interanual, se mantiene la fortaleza de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, registrándose una subida del 2,6 por ciento (2,4 por ciento en el caso de las mujeres españolas y 3,7 por ciento en el de las extranjeras).

Es, de nuevo por segundo trimestre consecutivo, la reducción en el número de hombres en activo la que refleja el abandono del mercado de trabajo, bien por el efecto desánimo ante las dificultades para encontrar un empleo (cosa que se refleja muy claramente en un efecto desánimo podríamos decir, en un mundo globalizado, pues son los hombres de nacionalidad extranjera los que, ante las dificultades para encontrar un trabajo en nuestro país, abandonan la participa-

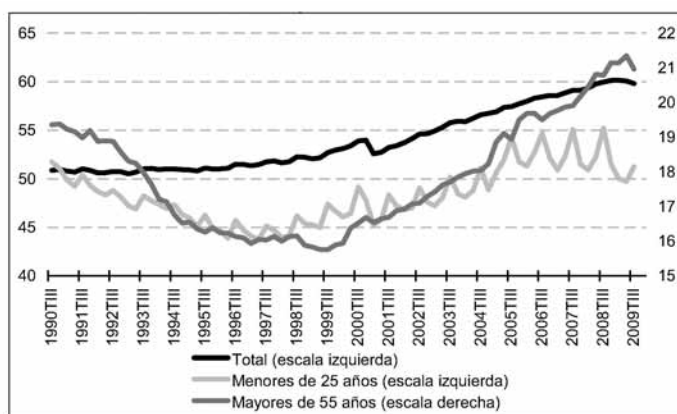
ción activa en el mercado de trabajo): hace un año, la población activa masculina extranjera crecía a un ritmo del 12 por ciento anual, mientras en el tercer trimestre del presente año apenas suponen un 1,5 por ciento más que en el equivalente de 2008. Y entre los hombres de nacionalidad española, aunque el incremento venía siendo muy inferior, de entorno al 2 por ciento, ahora se pierden activos, a un ritmo de 1,6 por ciento menos de varones españoles activos respecto al año anterior. Y esto se debe no tanto a un efecto desánimo como, posiblemente, al ajuste del empleo en el mercado laboral vía prejubilaciones, que desde el año 2008 presentan un aumento de alrededor del 15 por ciento.

Por otra parte, hay un efecto derivado de los 1.136.500 hogares donde todos sus miembros se encuentran en paro: las mujeres que antes ocupaban un puesto de trabajo a tiempo parcial, principalmente para atender al cuidado de familiares, ante la falta de ingresos de más componentes del grupo familiar, aumentan su tiempo de trabajo, pasando a jornada completa, mientras ceden el cuidado de niños y mayores a los demás miembros que ahora se encuentran en situación de desempleo.

En los movimientos de salida del mundo laboral, desde el desempleo a la inactividad, lo cual indicaría que se produce ese llamado efecto desánimo, al contrario de como se preveía mayoritariamente femenino, ese movimiento es prácticamente el mismo en el caso de hombres y mujeres (4,4 de cada cien).

En cuanto al paso de desempeñar un puesto de trabajo a la inactividad, casi 5 de cada cien hombres se encuentran en este movimiento, por 4 de cada cien mujeres: este flujo es el que podría indicar el paso a las jubilaciones y prejubilaciones.

Tasas de actividad por tramos de edad, 1990-2009



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Los jóvenes activos presentan una evolución propia del tercer trimestre del año, con una fuerte estacionalidad en este sentido, pues es cuando terminan los estudios y se incorporan al mercado laboral. De todas formas, la tendencia es a la baja en la tasa de actividad de los jóvenes, pues ante las dificultades de encontrar un puesto de trabajo, alargan el tiempo dedicado a la formación y se incorporan con más edad al mundo del trabajo.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La demanda de trabajo sigue estancada, ya que la actividad económica está prácticamente paralizada, a pesar de los signos de mejoría que parecía mostrar a comienzos del verano. Sin embargo, la época estival que incluye el tercer trimestre de la Encuesta de Población Activa registra la falta de actividad propia del cierre vacacional de muchas empresas, alentado en esta ocasión por el escaso movimiento productivo derivado de la crisis.

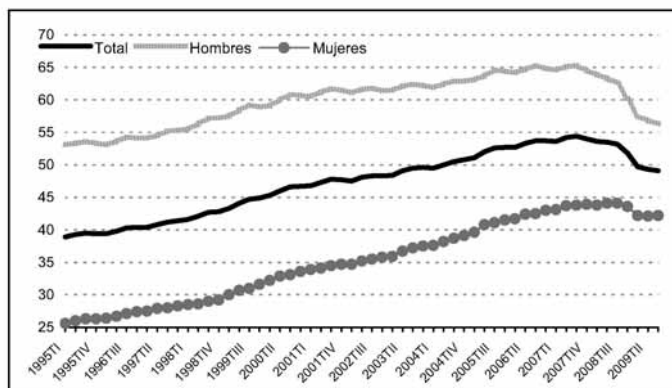
Por otro lado, sectores de fuerte estacionalidad, con un gran peso en nuestro sistema productivo, como es el del turismo, no han conseguido remontar el nivel de ocupación.

Teniendo en cuenta, además, los resultados del Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo, que alcanzaron su momento álgido en este tercer trimestre del año, las cifras de ocupados se han maquillado ligeramente: sólo han caído en un 0,4 por ciento respecto al segundo trimestre del año, mientras en términos interanuales la diferencia es ya de casi 1,5 millones de personas menos ocupando un puesto de trabajo.

Con este panorama, las tasas de empleo pierden los puntos ganados durante la época expansiva. La tasa de ocupación masculina vuelve a los niveles de 1998, cuando alrededor del 56 por ciento de los hombres en edad de trabajar se encontraban desempeñando un puesto de trabajo. En el caso de las mujeres, la progresiva incorporación al mercado de trabajo que se reflejó en un incremento continuado de la tasa de ocupación femenina, ha registrado una disminución menor que la masculina, en términos anuales, volvemos para atrás únicamente 3 años, hasta 2006, cuando la tasa de empleo femenina se situaba, como ahora, por encima del 42 por ciento.

La drástica reducción de la tasa de ocupación masculina alcanza los 6,3 puntos porcentuales en tan solo un año, por una reducción de tan solo 1,9 puntos en la tasa de las mujeres. Y en la comparación trimestral, la tasa de los hombres cae en 5 décimas y la de las mujeres aumenta en una décima.

Tasa de ocupación por género, 1995 - 2009



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Esta evolución de las tasas de ocupación muestra, por un lado, la consecuencia de un modelo productivo que había basado su crecimiento en sectores con una intensidad de mano de obra elevada, y predominantemente masculina, como sucede en el de la construcción. Y por otro, se observa que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo no es circunstancial, es decir, no era solo fruto de la positiva evolución de la economía española, sino que muestra un componente estructural, propio de la madurez de la sociedad española y su acercamiento a Europa.

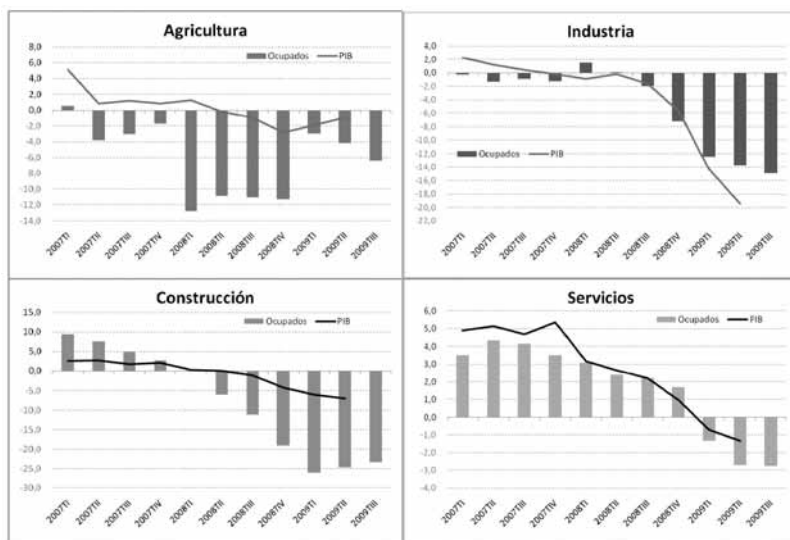
Al hilo con esta incorporación femenina sucede un fenómeno ligado a la inmigración: lo que más se ha elevado en el último trimestre ha sido el número de mujeres ocupadas entre las de nacionalidad extranjera, de manera que en el conjunto de las mujeres, nacionales y extranjeras, han aumentado en un 0,2 por ciento. En la comparación interanual, por el contrario, la caída ha sido superior entre las mujeres inmigrantes (con una reducción del 4,9 por ciento) que entre las españolas (con una caída del 3,7 por ciento). Desde comienzos del año 2008, la proporción de mujeres extranjeras ocupadas sobre el total de mujeres que desempeñan un puesto de trabajo en nuestro país se sitúa en el 15,1 por ciento.

En cuanto a los hombres, también es mayor la caída en los niveles de ocupación que se produce entre los inmigrantes (un 3,2 por ciento respecto al trimestre anterior y un 14,2 por ciento frente al mismo periodo del año precedente) que entre los nacionales (con caídas del 0,4 y 9 por ciento, respectivamente). La proporción media de trabajadores inmigrantes sobre el total de ocupados ronda el 13,7 por ciento.

Atendiendo a la clasificación por edades, la ocupación en el grupo de los jóvenes (menores de 25 años), en un año, ha caído un 26,5 por ciento, aunque en términos intertrimestrales se produce un aumento del 1,6 por ciento, que coincide con la campaña agrícola del verano y el aumento de empleo en el sector turístico. El peso de este grupo de edad en el total de empleados se encuentra en el 7,5 por ciento, lo que supone una pérdida en el peso total de 3,6 puntos porcentuales en los últimos cuatro años. Tienen un mayor peso relativo en el sector de la construcción (donde se ocupan el 10,5 por ciento de los jóvenes, mientras la media para todas las edades es del 9,8 por ciento) y los servicios (con una proporción del 73,9 por ciento, dos puntos por encima de la proporción al considerar todas las edades).

Y es el sector de la construcción, con un elevado peso, además, de contratos de carácter temporal (la tasa de temporalidad en el sector continúa en el 43 por ciento), sobre el que hasta ahora, ha repercutido la mayor carga de la crisis en términos de ajuste de empleo. Ni siquiera los estímulos públicos derivados del Fondo Local para el Empleo han sido capaces de frenar la caída de la ocupación en este sector: hay un 3,7 por ciento menos de ocupados frente al segundo trimestre del año, y un 23,3 por ciento menos que en el tercero de 2008. Y la caída más fuerte se ha producido, precisamente en el grupo de los jóvenes, que disminuyen en un 42,3 por ciento en términos interanuales y un 9,8 por ciento frente al trimestre anterior.

Porcentaje de variación anual del número de ocupados y del PIB

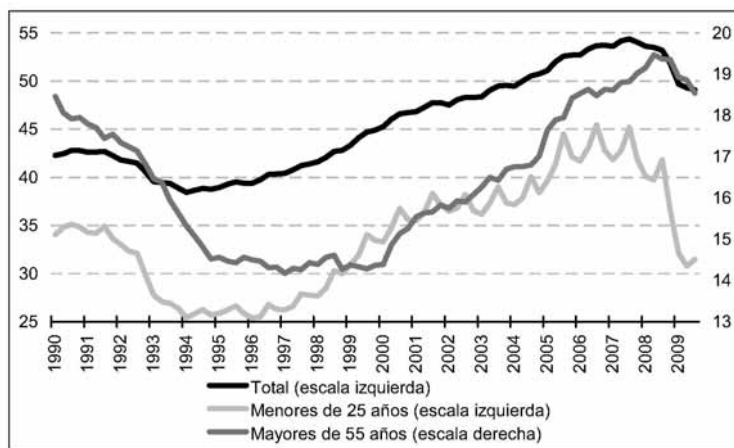


Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* y de la *Contabilidad Nacional Trimestral*, INE.

En el otro extremo, los mayores de 55 años suponen el 12,3 por ciento del total de ocupados y se concentran en una proporción muy superior al resto de los trabajadores en el sector de la agricultura, mientras la diferencia en el sector servicios es al revés, con un 69,5 por ciento de los mayores de 55 años ocupados en dicho sector, 2,5 puntos por debajo de la media. El sector agrícola no se ha visto especialmente golpeado por la crisis, porque aunque sobre él habían repercutido las fuertes subidas en los precios de los productos energéticos, la situación contraria es la que se ha producido en el presente año.

El número de trabajadores mayores de 55 años ha descendido sólo en un 2,9 por ciento respecto al año pasado, y un 1,4 por ciento frente al segundo trimestre de este año, por otra parte, como viene sucediendo habitualmente en los terceros trimestres del año, ligado a la evolución del sector agrícola. El sector donde se concentra la caída en la ocupación de los mayores de 55 años es en el de la construcción, seguido del industrial, que caen un 14,7 y 14,5 por ciento, respectivamente, en el último año.

Tasas de ocupación por tramos de edad, 1990-2009



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Así, mientras las tasas de ocupación de los mayores de 55 años se han reducido en apenas un punto en el último año, las de los jóvenes se han desplomado más de 10 puntos en el mismo periodo.

Por sectores, como ya se ha visto, la crisis en la que aún estamos inmersos se ha concentrado en primer lugar en aquellos sectores más intensivos en mano

de obra y que provenían de crecimientos superiores en la etapa anterior, especialmente la construcción, donde la destrucción de empleo se observa en un mayor grado que la caída del PIB en ese sector. Aunque la industria ha sufrido también un duro golpe con la crisis, la destrucción de empleo no está siendo tan acusada como la caída correspondiente del PIB.

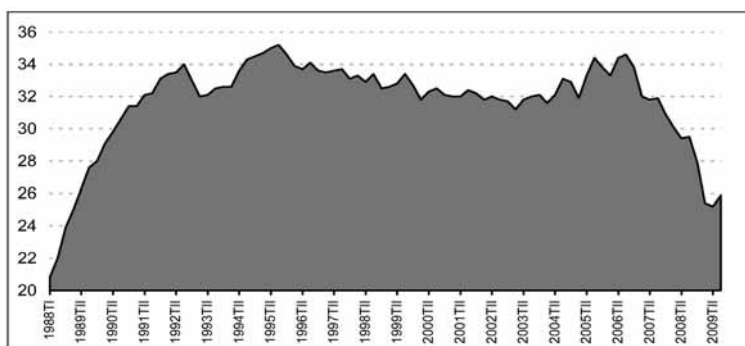
Parece, no obstante, a la vista de los datos, que la mayor caída del empleo en la construcción se produjo en el primer trimestre de este año, mientras en los sectores de la industria y los servicios sigue aumentando la destrucción de puestos de trabajo, a menor ritmo, pero continúa.

Los trabajadores por cuenta propia han caído un 10,5 por ciento entre el tercer trimestre de 2008 y el de 2009, mientras los asalariados se han reducido en un 6,5 por ciento en el mismo periodo. No obstante, en el último trimestre, se observa un aumento del número de trabajadoras por cuenta propia que, dadas las escasas oportunidades de empleo asalariado en el mercado laboral, deciden establecerse por su cuenta.

Entre el grupo de asalariados, el empleo que más se ha destruido es el de duración determinada, pues los asalariados con este tipo de contrato se han reducido en un 18,2 por ciento en el último año, aunque han aumentado respecto al trimestre anterior, en un 1,9 por ciento. Esta situación se explica por la temporada de verano que se incluye en este tercer trimestre, pues gran parte de esos contratos de carácter temporal se produjeron en el sector servicios (con actividades ligadas al turismo, como la hostelería, donde se concentró el 62,3 por ciento del incremento trimestral de asalariados con contrato de duración determinada).

Esto hace que la tasa de temporalidad, que había disminuido drásticamente desde el comienzo de la crisis, situándose en los niveles de hace veinte años (en el 25 por ciento), haya presentado un nuevo repunte en el último trimestre.

Tasa de temporalidad, 1988-2009

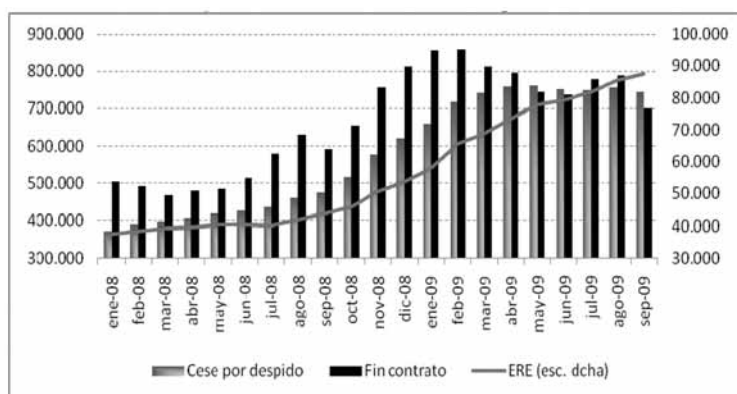


Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

En este tercer trimestre se registra de nuevo una disminución de contratados con carácter indefinido, tanto en términos interanuales como trimestrales, aunque la caída es de mucha menor intensidad que en el caso de la variación interanual de los contratados temporalmente.

El alargamiento de la crisis y la falta de expectativas positivas hace que, una vez producido el mayor ajuste a través de la no renovación de los contratos temporales, se acabará ajustando, como ya se está haciendo, el empleo en el de carácter indefinido. Y al revés, la posible salida de la crisis empleará, al menos en primer término, a trabajadores con contrato de duración determinada. El peligro es que estos contratos se conviertan en un modo de prueba, y no se cumpla estrictamente con la causalidad que da origen a este tipo de contratación.

Beneficiarios de prestaciones contributivas según causa de derecho



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del *Boletín de Estadísticas Laborales* (MTAS).

Por otra parte, un 12,3 por ciento de los ocupados trabaja a tiempo parcial, aunque un elevado porcentaje (45,3 por ciento) de estos ocupados lo hace de manera involuntaria; es decir, su objetivo es conseguir un trabajo a tiempo completo. Hasta el segundo trimestre de 2009, se observa un ascenso de la tasa de parcialidad (porcentaje de ocupados a tiempo parcial sobre el total) hasta alcanzar un 12,9 por ciento. En el tercer trimestre, en cambio, parece que se altera la tendencia reduciendo ligeramente el peso del empleo a tiempo parcial al 12,3 por ciento.

La explicación se puede encontrar en la estacionalidad de este trimestre y en la mayor búsqueda de un empleo a tiempo completo por parte de las mujeres, que a la vista de las malas perspectivas en los sectores tradicionalmente masculinos, unido a la conversión de los expedientes de regulación de empleo de suspensión en extinción, hace necesaria la entrada en el hogar familiar de mayores ingresos.

Esto podría deducirse del hecho de que las mujeres ocupadas no han variado sustancialmente en este trimestre, aunque se ha reducido el número de ocupadas a tiempo parcial (hay 122.200 mujeres menos ocupadas a tiempo parcial), incrementándose como contrapartida el de mujeres ocupadas a tiempo completo (con 135.00 mujeres más).

Número de ocupados por género, edad, nacionalidad, sectores y situación profesional, 2008 y 2009

OCUPADOS (miles)	1T-08	2T-08	3T-08	4T-08	1T-09	2T-09	3T-09
Hombres	11.923,90	11.859,40	11.758,90	11.340,60	10.830,90	10.700,90	10.613,30
% var trim		-0,5	-0,8	-3,6	-4,5	-1,2	-0,8
Mujeres	8.478,40	8.565,80	8.587,40	8.516,20	8.259,90	8.244,10	8.256,90
% var trim		1,0	0,3	-0,8	-3,0	-0,2	0,2
Menores de 25 años	1.850,00	1.828,90	1.917,20	1.664,00	1.459,10	1.386,50	1.408,20
% var trim		-1,1	4,8	-13,2	-12,3	-5,0	1,6
Mayores de 55 años	2.337,60	2.386,50	2.384,70	2.391,30	2.348,40	2.348,60	2.316,60
% var trim		2,1	-0,1	0,3	-1,8	0,0	-1,4
Españoles	17.266,60	17.276,80	17.180,60	16.767,30	16.222,60	16.061,20	15.997,70
% var trim		0,1	-0,6	-2,4	-3,2	-1,0	-0,4
Extranjeros	2.941,10	2.943,10	2.947,90	2.886,50	2.667,00	2.671,80	2.652,20
% var trim		0,1	0,2	-2,1	-7,6	0,2	-0,7
Agricultura	863,7	820,8	787,3	803,8	837,8	786,6	737,2
% var trim		-5,0	-4,1	2,1	4,2	-6,1	-6,3
Industria	3.313,40	3.244,30	3.195,20	3.042,70	2.900,10	2.799,40	2.719,60
% var trim		-2,1	-1,5	-4,8	-4,7	-3,5	-2,9
Construcción	2.670,30	2.549,50	2.413,20	2.180,70	1.978,00	1.922,10	1.850,30
% var trim		-4,5	-5,3	-9,6	-9,3	-2,8	-3,7
Servicios	13.554,80	13.810,60	13.950,70	13.829,60	13.374,90	13.436,90	13.563,10
% var trim		1,9	1,0	-0,9	-3,3	0,5	0,9
Cuenta propia	3.574,70	3.562,00	3.584,80	3.535,00	3.240,50	3.196,00	3.209,50
% var trim		-0,4	0,6	-1,4	-8,3	-1,4	0,4
Asalariados	16.817,40	16.853,00	16.746,20	16.308,20	15.843,10	15.736,80	15.650,10
% var trim		0,2	-0,6	-2,6	-2,9	-0,7	-0,6

Indefinidos	11.747,10	11.900,50	11.801,40	11.753,90	11.817,30	11.765,30	11.604,10
% var trim		1,3	-0,8	-0,4	0,5	-0,4	-1,4
Temporales	5.070,30	4.952,50	4.944,70	4.554,30	4.025,70	3.971,50	4.046,00
% var trim		-2,3	-0,2	-7,9	-11,6	-1,3	1,9
Ocupados tiempo completo	17.952,40	17.975,90	18.022,50	17.377,80	16.667,90	16.494,40	16.554,00
% var trim		0,1	0,3	-3,6	-4,1	-1,0	0,4
Ocupados tiempo parcial	2.449,90	2.449,20	2.323,90	2.479,00	2.422,90	2.450,60	2.316,10
% var trim		-0,0	-5,1	6,7	-2,3	1,1	-5,5

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Es en las cifras de desempleo donde se advierte la difícil coyuntura que estamos atravesando, con más de 4 millones de parados, que elevan la tasa de desempleo hasta el 17,9 por ciento, 6,6 puntos más que hace un año.

En el tercer trimestre de 2009 hay 4.123.400 parados, lo cual supone una reducción de apenas 14.100 personas respecto al segundo trimestre del año, pero un incremento de más de millón y medio de desempleados respecto a los datos de hace un año.

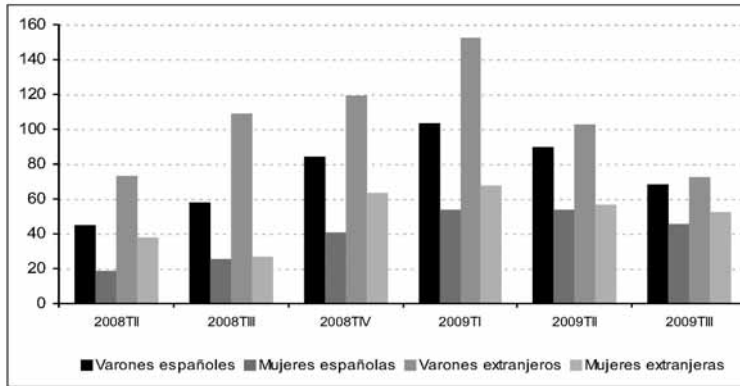
Entre los hombres se ha incrementado en mayor medida (7,4 puntos porcentuales desde el tercer trimestre de 2008, hasta alcanzar el 17,8 por ciento, es decir, hay 937.900 desempleados más), que entre las mujeres, entre quienes hay 587.300 desempleadas más, aunque la tasa de paro femenina es superior (el 18,2 por ciento, 5,5 puntos más que hace un año).

El panorama por sexos sigue pintando peor para los hombres: en el trimestre hay apenas 1.800 desempleados más, pero es que entre las mujeres el número de desempleadas se ha reducido en 15.900 mujeres.

Los jóvenes menores de 25 años son los que se están encontrando con mayores dificultades de acceso y permanencia en el mercado de trabajo, alcanzando la tasa de desempleo juvenil la cifra del 38,6 por ciento, una subida de 14,4 puntos en solo un año. Los menores de 25 años representan el 21,5 por ciento del total de desempleados en el tercer trimestre. Si ampliáramos ese límite de juventud a los 30 años, el porcentaje se eleva hasta el 37,4 por ciento del total de desempleados.

Son los mayores de 55 años los que están sufriendo la crisis con especial intensidad, aunque sólo suponen el 7,4 por ciento del conjunto de desempleados. En un año, el número de parados de mayor edad se ha incrementado en un 75 por ciento

Tasa de variación anual del número de parados, 2007-2009



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

El primer trimestre de 2009 fue cuando más aumentó el desempleo entre todos los colectivos. Desde entonces, el ritmo de incremento del número de desempleados se ha reducido, aunque sigue siendo mayor entre los varones extranjeros, por encima de cualquier otro grupo. Así, entre la población extranjera, la tasa de paro es superior, alcanzando el 27,5 por ciento, 6,4 puntos más que hace un año.

Número de parados por género, edad, nacionalidad y sectores, 2008- 2009

ACTIVOS (miles)	1T-08	2T-08	3T-08	4T-08	1T-09	2T-09	3T-09
Hombres	1.018,60	1.182,90	1.353,60	1.688,80	2.195,80	2.289,10	2.290,90
% var trim		16,1	14,4	24,8	30,0	4,2	0,1
Mujeres	1.155,60	1.198,60	1.245,20	1.519,00	1.814,90	1.848,40	1.832,50
% var trim		3,7	3,9	22,0	19,5	1,8	-0,9
Menores de 25 años	500,1	574	613,1	684,9	808,5	855,2	885,7
% var trim		14,8	6,8	11,7	18,0	5,8	3,6
Mayores de 55 años	157,2	164,6	173,4	221,9	274,7	309,1	303,2
% var trim		4,7	5,3	28,0	23,8	12,5	-1,9
Agricultura	114,2	120,9	145,1	149,1	170,5	194,5	215,1
% var trim		5,9	20,0	2,8	14,4	14,1	10,6
Industria	166,7	183,4	208,2	288	373,1	394,4	359,8
% var trim		10,0	13,5	38,3	29,5	5,7	-8,8
Construcción	294,1	378,9	439,7	584,9	743,7	701,8	622,1
% var trim		28,8	16,0	33,0	27,1	-5,6	-11,4
Servicios	844,3	889,3	938,9	1.147,50	1.446,40	1.465,60	1.404,70
% var trim		5,3	5,6	22,2	26,0	1,3	-4,2

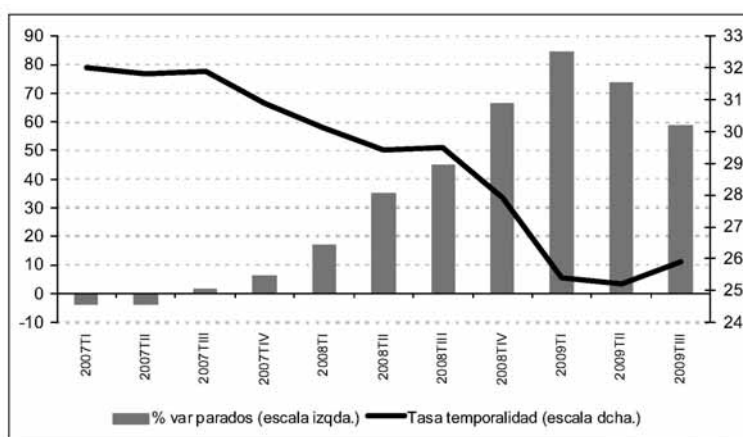
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Por sectores es en la industria donde se produce el mayor incremento relativo del número de desempleados respecto al año anterior (un 72,8 por ciento, 151.600 parados procedentes del sector, tomando el relevo del sector líder en destrucción de empleo, que hasta ahora había sido el de la construcción), seguido, precisamente, de la construcción.

En este último, ya se había producido el mayor ajuste en trimestres anteriores, aumentando el número de parados en menor proporción (un 41,5 por ciento). A esto, habría que añadir los efectos del Fondo Local para la Inversión, que dio sus frutos fundamentalmente en este trimestre.

En términos absolutos es en el sector servicios, por su mayor peso en la actividad del país, donde se concentraron más desempleados: 465.800 más que en el tercer trimestre de 2008 (49,6 por ciento).

Tasa de variación anual del número de parados y evolución de la tasa de temporalidad, 2007-2009

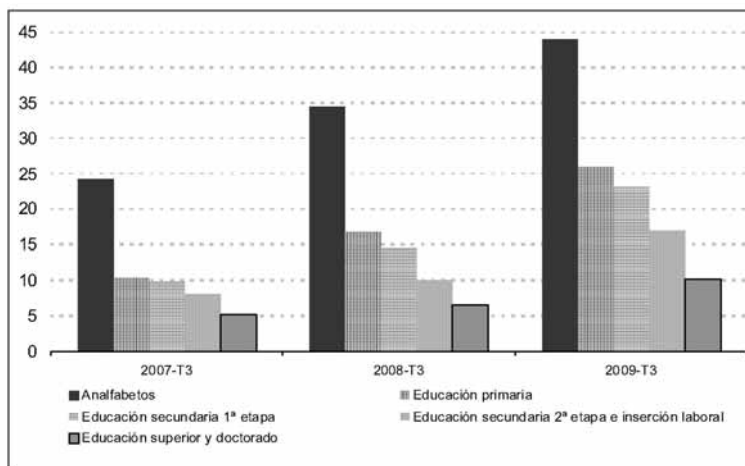


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Los parados con menor nivel de formación alcanzado son lo que soportan las mayores tasas de desempleo. Aunque la tasa de desempleo entre los analfabetos siempre ha sido muy superior a la del resto, precisamente entre los niveles formativos la diferencia no superaba los 5 puntos porcentuales en 2007. Dos años después, la crisis deja secuelas: la diferencia se ha ampliado entre los niveles formativos, superando la tasa de desempleo entre los analfabetos el 40 por ciento. Entre los que terminaron la educación primaria y los que conclu-

veron estudios superiores, incluyendo el doctorado, hay 15 puntos porcentuales de diferencia.

Tasa paro según nivel de formación alcanzado, 3^{os} trimestres de 2007-2009



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

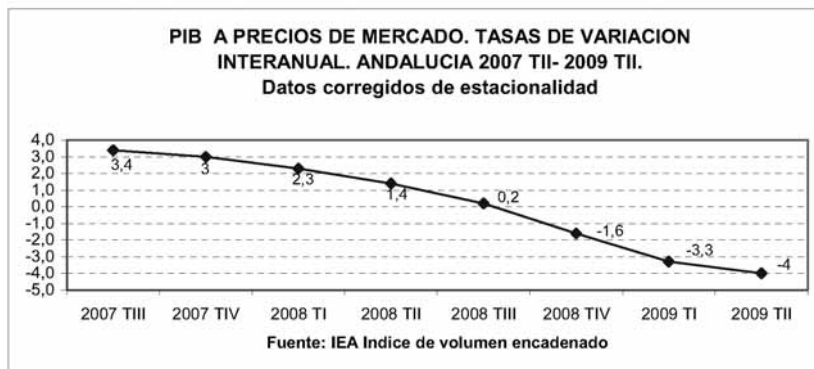
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

Como ya se ha señalado, la economía española parece haberse situado en un periodo de estancamiento mientras que otros países del entorno europeo empiezan a vislumbrar un cierto repunte en las principales variables relacionadas con el crecimiento económico. En lo que se refiere a Andalucía se recoge una caída de la tasa de crecimiento del PIB regional que es mantenida a lo largo de los últimos trimestres. El Instituto de Estadística de Andalucía presenta el avance de la estimación de la evolución del PIB trimestral de Andalucía para el segundo trimestre de 2009. Como se observa en la tabla que recoge los datos corregidos de estacionalidad las tasas de variación interanual estimada para los últimos tres trimestres son negativas. En términos sectoriales es de destacar que tras la caída de la producción en el sector de la construcción sigue la caída acentuada de la caída del sector industrial con cifras de valor negativo de dos dígitos para los dos primeros trimestres de 2009. También está cayendo la producción estimada del sector servicios. Asimismo, la evolución del gasto de consumo también se está desacelerando fundamentalmente por la inversión y por la caída

del consumo de las familias. Destaca en este contexto la evolución del gasto de consumo del sector público que esta compensando la caída de la demanda privada y que puede explicar el freno en el desempleo experimentado este trimestre. A destacar por último que el saldo exterior, que ha constituido un lastre en el crecimiento de la economía española y andaluza en la época de crecimiento de los primeros años de la década, muestra ahora un comportamiento positivo, lo que contribuye positivamente para compensar y atenuar la caída acentuada de la demanda regional.

Producto Interior Bruto y sus componentes. Datos corregidos de estacionalidad. Datos de avance (Índices de volumen encadenados) Tasas de variación interanual(%),						
	Años		Trimestres			
	2007	2008	2008	2008	2009	2009
			TIII	TIV	TI	TII
Gasto en consumo final regional	4,4	0,9	0,4	-1,1	-1,9	-3
Gasto en consumo final de los hogares regional	3,7	-0,8	-1,5	-3,5	-5,3	-6
Gasto en consumo final de las AAPP e ISFLSH	6,1	5,6	5,5	5,7	6,6	4,7
Formación bruta de capital	3	-4,9	-5,8	-10,3	-13,9	-14,2
Demanda regional (c)	4,6	-0,8	B-1,6	-4,3	-6,1	-7,1
Saldo exterior (c)	-1	1,4	1,8	2,7	2,8	3,1
PRODUCTO INTERIOR BRUTO a precios de mercado	3,6	0,6	0,2	-1,6	-3,3	-4
Agricultura, ganadería y pesca	0,6	0,8	2,4	-0,9	0,1	-2
VAB no agrario	4,1	0,8	0,4	-1,6	-3,6	-4,2
Industria	0,7	-1,6	-1,3	-6,1	-13	-12,7
Construcción	2,1	-4,7	-5,9	-9,2	-13,5	-13,8
Servicios	5,1	2,2	1,9	0,7	-0,2	-1
VAB a precios básicos	3,9	0,8	0,5	-1,5	-3,4	-4,1,6
Impuestos netos sobre los productos	1,7	-1,1	-1,9	-2,4	-2,9	-3
PRODUCTO INTERIOR BRUTO a precios de mercado	3,6	0,6	0,2	-1,6	-3,3	-4
(c) Aportación al crecimiento del PIB a precios de mercado.						
Fuente: Datos al día. Información Estadística de Andalucía y elaboración propia						

La evolución del PIB regional de Andalucía está corriendo de forma paralela a la evolución del PIB nacional de España con algunas décimas de diferencia. En el primer y el segundo trimestre de 2009 las tasas estimadas para el PIB nacional fueron respectivamente del -3,2% y del -4,2%. La caída del PIB regional se ha atemperado en este segundo trimestre de 2009 lo que podría ser un indicador de que se puede estar asistiendo a una estabilización en el impacto de la crisis en la economía andaluza.

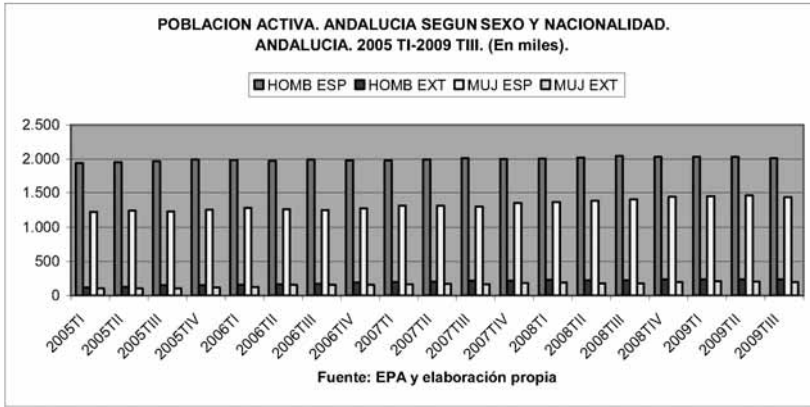


En este contexto de clara desaceleración económica que empieza a ser generalizada a todos los sectores económicos en Andalucía se enmarca la evolución de las variables laborales referidas al tercer trimestre de 2009. Pasamos a continuación a exponer algunos de los rasgos más significativos de la evolución del mercado de trabajo en Andalucía en este tercer trimestre. Para ello, seguiremos el clásico esquema de análisis de contemplar los principales rasgos de la oferta la demanda y el desajuste laboral.

OFERTA DE TRABAJO

La población activa en Andalucía ha vuelto a disminuir por segundo trimestre consecutivo después de un largo periodo de crecimiento continuado de la oferta de trabajo en Andalucía. La reducción de la población activa en el tercer trimestre ha representado un 1,31% respecto al trimestre anterior. La disminución de la población activa en Andalucía ha afectado a los nacionales (-1,38%) y a los extranjeros (-0,75%). A pesar de que en conjunto la población activa se ha reducido, se contabiliza un aumento de activos entre los varones de nacionalidad extranjera cuyos efectivos aumentaron este trimestre en un 1,10% (frente a una caída del 3,30% en este mismo colectivo en el conjunto nacional). Por el contrario, se produce una reducción en la oferta de trabajo tanto entre las mujeres de nacionalidad extranjera (con una reducción intertrimestral del -2,90% a nivel andaluz frente a un aumento a nivel nacional del 1,03%) como entre los trabajadores de nacionalidad española (un -0,07% para los hombres y -1,79% para las mujeres).

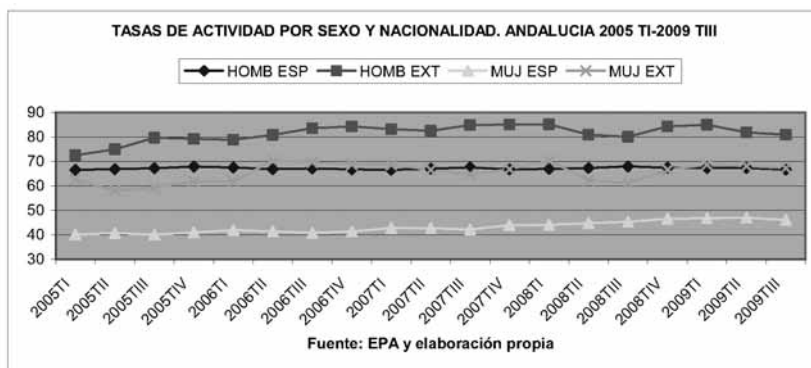
En términos absolutos la población activa en Andalucía se situó en este tercer trimestre de 2009 en un total de 3.878.700 personas, de las que 2.244.100 son hombres y 1.634.100 mujeres o, atendiendo a su nacionalidad, 434.300 de nacionalidad extranjera y 3.444.400 de nacionalidad española.



La evolución de la población activa provoca una reducción de la tasa de actividad en el conjunto de Andalucía de 0,84 puntos respecto al trimestre anterior (-0,66 puntos para los hombres y -1,01 para las mujeres). Esta reducción afecta de manera ligeramente más acentuada a los nacionales (-0,86 puntos) que a los extranjeros (-0,70 puntos), siendo el grupo de las mujeres de nacionalidad española las que más han sufrido la caída de su tasa de actividad en un punto porcentual en este trimestre. La reducción de la población activa y de la tasa de actividad constituye un nuevo rasgo de la crisis económica en lo relativo al mercado de trabajo, ya que durante los primeros trimestres de la crisis la población activa continuó creciendo.

Una de las características más significativas de la evolución del mercado de trabajo español y andaluz a lo largo del periodo de crecimiento económico ha sido el del fuerte flujo inmigratorio. A partir de la irrupción de la crisis parece detenerse este flujo lo que se traduce en un patrón diferente de comportamiento de las tasas de actividad atendiendo a la nacionalidad y el sexo de los trabajadores que laboran en Andalucía. Como se observa en el gráfico correspondiente, la tasa de actividad de las mujeres de nacionalidad española crece de forma tendencial desde un valor del 40,06% correspondiente al primer trimestre de 2005, hasta el 47,02% del segundo trimestre de 2009. Este tercer trimestre del año 2009 se contabiliza una reducción de un punto. Las tasas de actividad de los hombres de nacionalidad española en Andalucía muestra una estabilidad a lo largo del periodo 2005-2009 situándose en torno al 66% de media. El comportamiento de la tasa de actividad de los trabajadores extranjeros es diferente al de los trabajadores de nacionalidad española ya que los valores son más altos para los extranjeros (especialmente para el caso de las mujeres). A lo largo

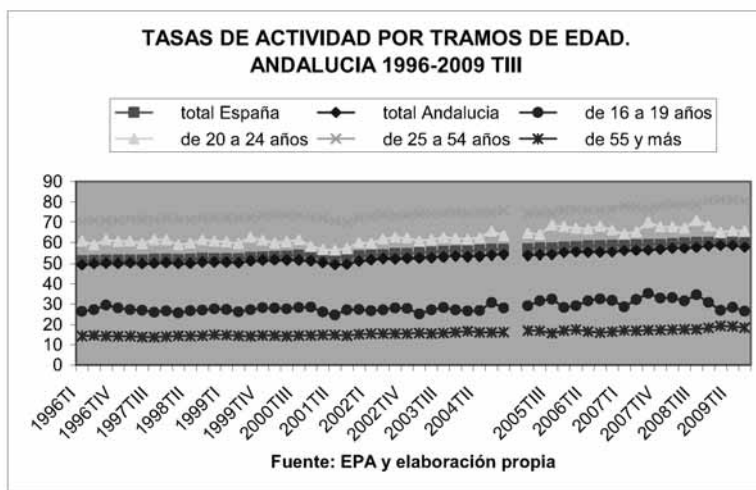
del periodo se encuentra mayor volatilidad entre los valores de las tasas para los extranjeros, destacando un cierto comportamiento estacional en la tasa de actividad correspondiente a los varones de nacionalidad extranjera.



Podemos completar el análisis de la población activa en Andalucía introduciendo la variable edad de los trabajadores. La tasa de actividad de mayor valor corresponde a los trabajadores de una edad madura (entre 25 y 54 años) que muestran a lo largo de todo el periodo considerado de crecimiento económico una tendencia claramente creciente (con una caída en el año 2001), que alcanza un máximo en el primer trimestre de 2009 (81,29%) un aumento de once puntos desde el primer trimestre de 1996. Los dos siguientes trimestres de 2009 muestran una caída de un punto. El grupo de trabajadores de 20 a 24 años también muestra una tendencia creciente en estos 13 años considerados, si bien a partir del tercer trimestre de 2008 la tasa de actividad de este grupo muestra una caída de cinco puntos en el último año. Estos dos grupos demográficos presentan unas tasas de actividad mayores que la media de Andalucía y del conjunto de España.

Las tasas de actividad del grupo de trabajadores más jóvenes (entre 16 y 19 años) y más maduros (mayores de 55 años) presentan unos valores más reducidos que la media, pero con un comportamiento diferente. La tasa de actividad de los trabajadores mayores muestra una tendencia creciente desde el primer trimestre de 1996 (14,25%) hasta el primer trimestre de 2009 (19,22%). Los dos trimestres siguientes de 2009 la tasa experimenta una caída de 8 décimas. Por tanto, la oferta de trabajo de este grupo no ha estado afectado hasta la segunda mitad de 2009 por la crisis económica desatada dos años antes. Por el contrario, la oferta de trabajo de los más jóvenes muestra más variabilidad y desde un máximo en el tercer trimestre de 2007 (35,33%) cae hasta el 26,52%

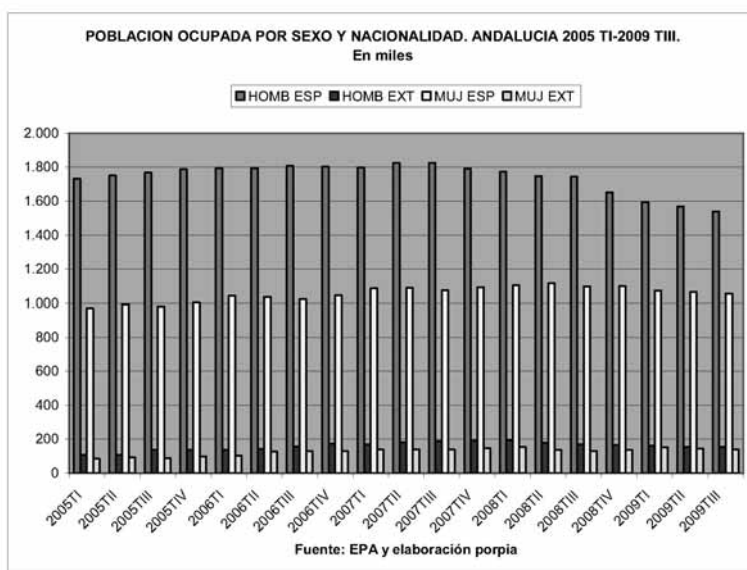
en el tercer trimestre de 2009. Observamos pues que los colectivos de trabajadores más jóvenes (de 16 a 19 y de 20 a 25 años) están experimentando ajustes en su oferta de trabajo antes que los grupos de trabajadores mayores.



LA DEMANDA DE TRABAJO

La crisis económica está afectando de forma muy significativa a la población ocupada en España y Andalucía. En el tercer trimestre de 2009, el número de ocupados en el conjunto nacional descendió en 74.800 personas respecto al trimestre anterior y se situó en 18.870.200 personas, en el último año la población ocupada ha bajado en 1.476.200 personas lo que representa una tasa de variación del -7,26%. En Andalucía, la población ocupada se situó en 2.884.300 personas, lo que representa una pérdida de 47.000 trabajadores respecto al trimestre anterior. En el último trimestre la ocupación baja entre los hombres (30.900) y entre las mujeres (16.100) y entre los nacionales (39.600) y entre los extranjeros (7.400). En los últimos doce meses la reducción del empleo es fundamentalmente masculina (220.000 hombres frente a 35.100 mujeres) y de nacionalidad española (248.700 españoles frente a 7.000 extranjeros). La caída de la ocupación afecta a todos los grupos de edad, siendo en términos absolutos las personas entre 30 y 44 años los que más ocupados han perdido (17.300) con respecto al trimestre anterior y en lo que respecta a los últimos cuatro trimestres el grupo que pierde más ocupados (174.100 personas) es el de los más jóvenes: de 16 a 29 años. En los últimos cuatro trimestres la

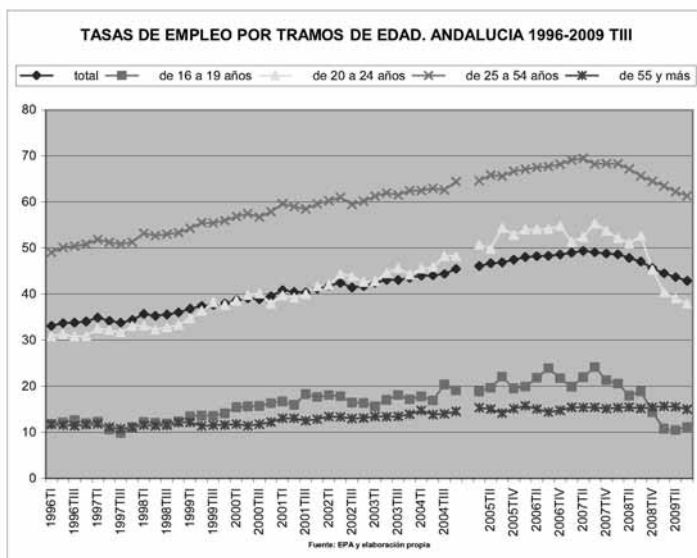
ocupación bajó en nuestra región en 255.700 personas lo que representa un 8,14%, lo que la sitúa como la segunda Comunidad Autónoma española en lo referido a la reducción de empleo tras Cataluña en este periodo.



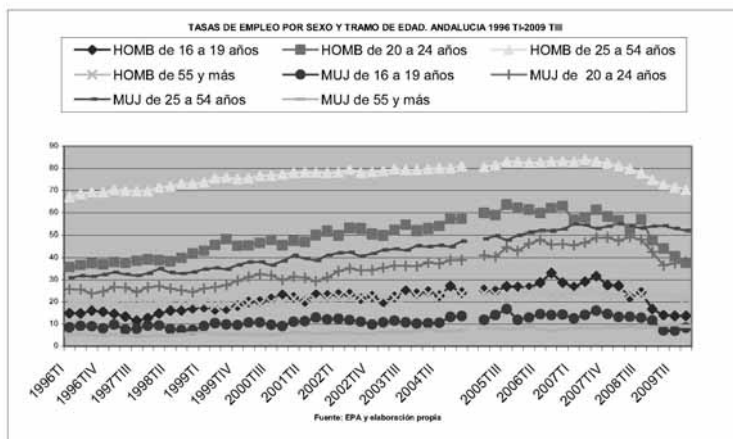
Desde una perspectiva temporal más amplia, se observa que, a partir del tercer trimestre de 2007, la reducción del número de ocupados es significativa siendo el grupo de los varones los que han experimentado una reducción más significativa si bien la reducción de la ocupación afecta a hombres mujeres, de nacionalidad española o extranjera. El proceso de destrucción de empleo está siendo muy fuerte en Andalucía.

En este contexto, las tasas de empleo están experimentando una pérdida de los puntos ganados a lo largo del periodo de crecimiento económico. La tasa de empleo media de Andalucía pasó del 33,09% en el primer trimestre de 1996 hasta un máximo del 49,4% en el segundo trimestre de 2007. A partir de entonces ha experimentado una constante caída que la sitúa en el tercer trimestre de 2009 en el 42,9%, (seis puntos y medio de caída en nueve trimestres), un valor que se equipara a los alcanzados en el año 2002. Esta reducción en los valores de las tasas de empleo en los últimos trimestres está afectando a todos los grupos de edad si bien de forma más acentuada en los trabajadores más jóvenes (entre 16 y 20 años y, sobre todo, a los del grupo de edad de 20 a

24 años). El más numeroso grupo de trabajadores de edades comprendidas entre 25 y 54 años experimenta una pérdida en su tasa de empleo de algo más de ocho puntos entre el segundo trimestre de 2007 y el trimestre actual. Por otra parte, es significativa la estabilidad de la tasa de empleo para los trabajadores mayores de 55 años, que se ha mostrado ligera pero constantemente creciente a lo largo del periodo (incluso en los primeros tiempos de la crisis) y que muestra un cambio en la tendencia en los últimos dos trimestres de este año.



Si observamos con mayor detalle los grupos de edad encontramos que la mayor caída de la tasa de empleo en los últimos trimestres se ha producido entre el colectivo de hombres de 20 a 24 años pasando de un 61,3%, en el tercer trimestre de 2007, a un 37,6% en el mismo trimestre de 2009. El colectivo de mayor tasa de empleo (los hombres entre 25 y 54 años) ha visto reducida también su tasa de empleo desde el valor máximo de 84,04% estimado en el segundo trimestre de 2007, hasta el 70,35% del tercer trimestre del año actual. Los grupos con valores más estables en sus tasas de empleo son el de los hombres y las mujeres de más de 55 años si bien hay una diferencia media de unos 15 puntos entre ambos colectivos a favor del primero.



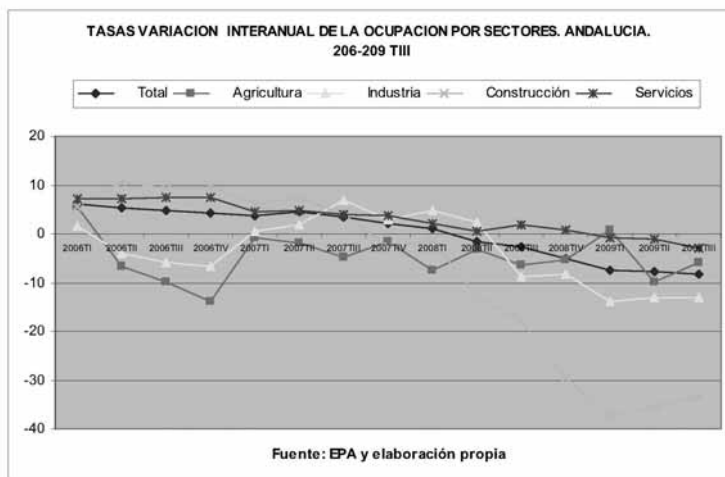
En cuanto a la evolución de la ocupación en los distintos sectores de actividad económica encontramos que, según los datos de la EPA, la caída del empleo está afectando de forma generalizada a los cuatro sectores en que tradicionalmente se divide la actividad económica, si bien, podemos observar diversas pautas de comportamiento entre ellos¹. En el periodo que va desde el primer trimestre de 2006 hasta el tercer trimestre de 2009 la ocupación en el sector primario muestra tasas de variación interanual negativas en la inmensa mayoría de las observaciones. Se puede concluir que la pérdida de empleo en el sector primario presenta características tendenciales específicas y que nos informa del estado de reestructuración de este sector productivo en Andalucía y en general en el conjunto de España. Por su lado, la ocupación en el sector industrial muestra un cierto comportamiento cíclico si observamos las tasas de variación interanual que muestran tres subperiodos. El primero 2006 TI-2007TII que presenta tasas negativas, a continuación un periodo de tasas interanuales positivas (2007 TIII-2008 TII) y de nuevo aparecen valores negativos para los trimestres 2008TIII hasta el actual en las que se calculan tasas superiores al 10% en valor negativo. Como se ha puesto de manifiesto a menudo ha sido el sector de la construcción el que ha experimentado un ajuste más dramático en la ocupación. Las tasas de

¹ Antes de proceder a su comentario hay que hacer constar que en el año 2008 se cambia la base de cálculo de la ocupación al utilizarse una nueva clasificación de actividad económica (CNAE) por lo que las variaciones calculadas para el año 2009 corresponden a la nueva metodología, y las de los años anteriores se han hecho siguiendo los datos ofrecidos por la CNAE93.

variación interanual de la ocupación en el sector de la construcción en Andalucía ha pasado de valores en torno al 10% en 2006 hasta valores del -35% en los últimos trimestres. Esta abrupta caída en las tasas de variación interanual significa que se ha pasado de una estimación de empleo en Andalucía en este sector en torno a medio millón de personas en el primer trimestre de 2008 hasta algo menos de 300.000 en el trimestre actual. El desplome de la construcción ha afectado de forma más acentuada en Andalucía que ha tenido una cierta especialización productiva en este sector en relación a lo ocurrido en el conjunto de España. Por último, en lo que respecta al sector servicios, la caída del empleo ha sido tendencial pero sostenida desde principios del periodo considerado. La caída de las tasas de variación interanual de la ocupación en este sector es continua y ha empezado a tomar valores negativos a partir de 2009. Esta evolución es especialmente grave dado que como se sabe la mayoría de la ocupación andaluza se encuentra en este sector. En este sentido es de especial importancia el peso que tiene el empleo en los servicios públicos que se encuentra en el segundo lugar tras el subsector del comercio y las reparaciones. Entre ambos ocupan a más del 50% del total de la ocupación en Andalucía.

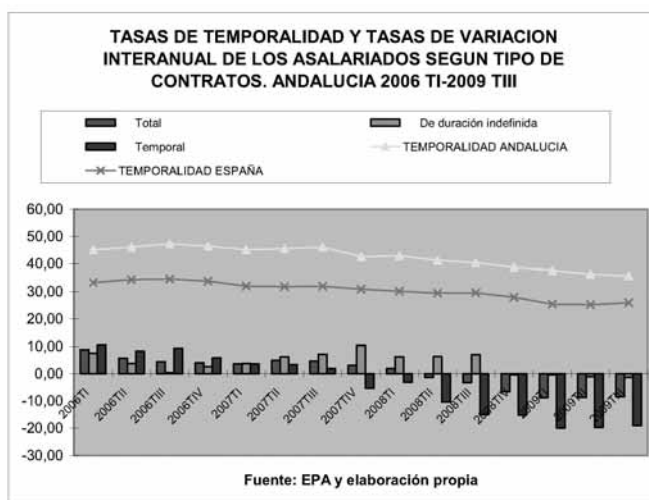
TOTAL DE OCUPADOS POR SECTORES DE ACTIVIDAD 2009. (En miles y porcentaje)						
Ambos sexos	2009 TI	%	2009 TII	%	2009 TIII	%
Agricultura	202,6	6,91	261,0	8,75	179,8	6,23
Industria	282,5	9,64	285,5	9,57	267,6	9,28
Construcción	290,1	9,90	304,2	10,20	276,4	9,58
Servicios	2156,1	73,55	2132,8	71,49	2160,4	74,90
Comercio y reparaciones	777,1	26,51	779,1	26,11	767,2	26,60
Transporte y comunicaciones	175,9	6,00	172,9	5,79	185,2	6,42
Servicios a las empresas	300,3	10,24	305,5	10,24	292,4	10,14
Servicios públicos	662,8	22,61	650,4	21,80	672,2	23,31
Otros servicios	240,0	8,19	225,0	7,54	243,4	8,44
Total	2931,3	100,00	2983,5	100,00	2884,3	100,00

Fuente: EPA y elaboración propia



En este profundo proceso de destrucción de empleo que se está produciendo en la economía española y andaluza hay que prestar especial atención a la evolución del empleo entre los diversos tipos de ocupados atendiendo al tipo de contrato laboral. Se ha puesto de manifiesto muy a menudo que la economía española se caracteriza por una fuerte segmentación en el mercado de trabajo entre trabajadores con contrato temporal y los que tienen contratos de duración indefinida. Los datos de la EPA referidos a la evolución de la ocupación de los asalariados según el tipo de contrato muestran un profundo cambio en la tendencia de los últimos años. Como se observa en el gráfico, las tasas de temporalidad, (porcentaje de trabajadores asalariados con contrato de duración determinada sobre el total de trabajadores asalariados) muestra una clara tendencia decreciente en los últimos trimestres correspondientes a la crisis económica. La tendencia es paralela tanto en la tasa de temporalidad nacional como en la andaluza. Esta reducción en la tasa de temporalidad se está produciendo fundamentalmente debido a la reducción de la ocupación del número de asalariados con contratos temporales con tasas de variación interanual con valores negativos desde el cuarto trimestre de 2007. El número de asalariados con contratos indefinidos se ha mantenido e incluso ha crecido (con tasas de variación interanuales positivas) hasta el tercer trimestre de 2008. A partir de entonces las tasas muestran que el número de asalariados con contrato indefinido se ha estabilizado. A partir de estas observaciones podemos concluir que la caída de la tasa de temporalidad que hemos observado se ha debido en un primer momento a la reducción del número de trabajadores con contratos

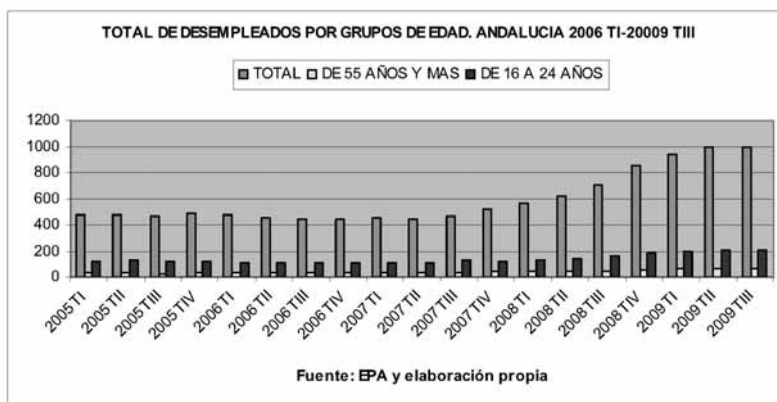
temporales, mientras que se ganaba peso por el número de trabajadores con contrato indefinidos. A partir de la segunda mitad del año 2008 la caída de temporalidad se mantiene exclusivamente por la destrucción de empleo temporal, mientras que empieza a observarse un estancamiento en el número de trabajadores con contrato indefinido que apunta a una caída en los próximos trimestres si la crisis económica se mantiene en el tiempo.



EL DESEMPLEO

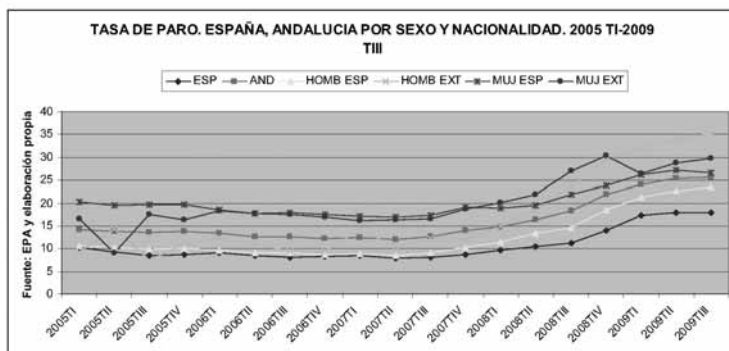
La evolución de la oferta y la demanda de trabajo que hemos señalado en los epígrafes anteriores ha determinado que el número de parados en Andalucía se ha estimado por la EPA en 994.400 personas lo que significa un descenso de 4.300 personas respecto al trimestre anterior (un -0,43%). El descenso del desempleo afecta a las mujeres (-16.000), mientras que el número de parados de sexo masculino aumentó en 11.700 este trimestre. El descenso del paro afecta a los nacionales (-8.500 personas) mientras que los extranjeros experimentaron un aumento en su número de desempleados (4.100 personas). Según el criterio de la edad, el grupo de los hombres de edad entre los 30 y los 44 años es el que ha experimentado un aumento de desempleados en los últimos cuatro trimestres y de forma muy especial el grupo de los varones de esa edad. En lo que respecta a los más jóvenes (entre 16 y 24 años) el número de desempleados ha crecido de forma sostenida hasta constituir el 20% del total de los desempleados en el tercer trimestre de 2009.

En resumen, el crecimiento del desempleo se ha frenado en este trimestre fundamentalmente por la caída de la población activa que se ha reducido más de lo que ha caído el empleo que puede explicarse por las políticas de mantenimiento del empleo que ha llevado a cabo el Gobierno nacional y andaluz en el ámbito fundamentalmente, de las obras públicas a nivel municipal.

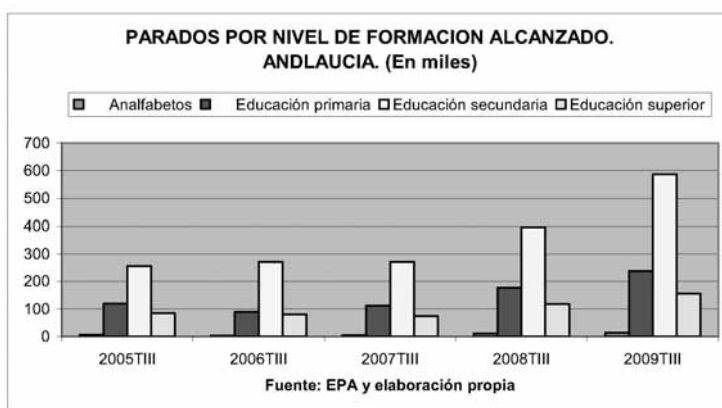


En lo que respecta a lo ocurrido a lo largo de los últimos doce meses el número de parados en Andalucía ha aumentado en 289.800 (un 41,13%). Este aumento es el de mayor cuantía entre todas las comunidades autónomas españolas. El aumento del desempleo ha afectado fundamentalmente a los varones (201.900) y a los nacionales (248.000 españoles frente a 41.900 extranjeros). Según la EPA, desde el tercer trimestre de 2007 hasta el mismo trimestre de 2009 el número de desempleados en Andalucía ha crecido en 530.000 personas.

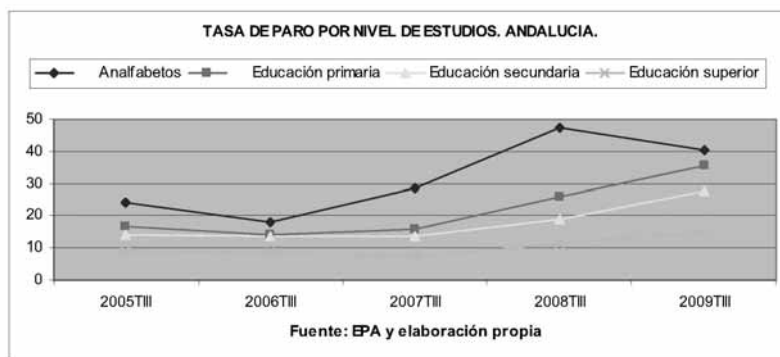
Como consecuencia de esta evolución la tasa de paro en Andalucía se ha situado entre la población mayor de 16 años en el 25,64%, un aumento de 0,23 puntos respecto al trimestre anterior. La tasa de paro masculina ha sido del 24,63% y la femenina 27,02%. La tasa de paro media de los trabajadores de nacionalidad española ha sido del 24,75% mientras que la de los trabajadores extranjeros ha sido del 32,70%. El crecimiento de la tasa de paro está afectando más dura a los extranjeros y a las mujeres, si bien la tradicional diferencia entre las tasas de paro según sexo se está reduciendo en los últimos trimestres.



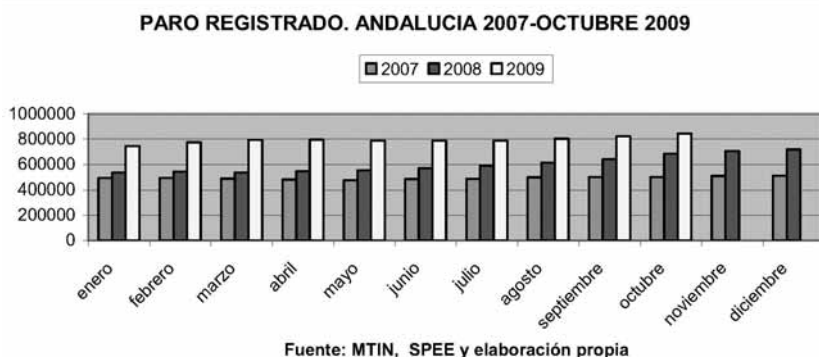
El aumento del desempleo en Andalucía afecta a todos los colectivos, pero como vemos de forma diferenciada a jóvenes o mayores, hombres o mujeres, españoles o extranjeros y también a los trabajadores según el nivel educativo alcanzado. En términos absolutos, el grupo de los trabajadores con nivel de formación secundaria (primero y segundo ciclo) es el más numeroso pues engloba al 58,9% de todos los desempleados en el tercer trimestre de 2009. El grupo de los trabajadores que han llevado a cabo al formación primaria incluye aproximadamente un cuarto del total de los parados. Le sigue el grupo de los trabajadores con formación superior (incluyendo doctorado) que representa en torno al 16% del total de desempleados.



Los datos absolutos de desempleo puede ponerse en contexto utilizando los datos de la tasas de paro para los diferentes grupos de niveles de estudios alcanzados. El proceso de aumento desempleo generalizado experimentado en los últimos dos años pone de manifiesto la idea ampliamente refrendada de que el aumento en el nivel educativo provoca una reducción de la tasa de paro.



La Evolución del desempleo que hemos recogido a través de los datos procedentes de la EPA puede completarse con la información que aporta el registro de los desempleados que lleva a cabo el Ministerio de Trabajo e Inmigración. Entre los meses de marzo y agosto de 2009, el número de desempleados registrados se ha mantenido estable en torno a ochocientos mil trabajadores. A partir de septiembre de este año aumenta de nuevo el número de trabajadores desempleados lo que puede ser un indicador de un aumento del desempleo en los próximos meses.



INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Tercer trimestre 2009

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA			
				VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	
I. MERCADO DE TRABAJO									
Población activa	Miles	3º Trim. 09	22.993,5	-0,4	0,2	3.878,8	-1,3	0,9	
Tasa de actividad	Porcentaje	3º Trim. 09	59,8	-0,2	-0,1	57,7	-1,5	0,2	
Hombres	68,4	-0,5	-1,4	67,9	-1,0	-1,5	
Mujeres	51,5	0,0	1,1	47,85	-2,1	2,5	
16-19 años	26,5	1,0	-5,8	26,52	-6,6	-23,2	
20-24 años	68,1	1,9	-2,5	65,63	-0,2	-7,4	
25-54 años	84,2	-0,5	0,7	80,23	-1,1	1,8	
Más de 55 años	20,9	-0,4	0,2	18,4	-3,4	5,0	
Ocupados	Miles	3º Trim. 09	18.870,2	-0,4	-7,3	2.884,3	-1,6	-8,1	
Agricultura	737,2	-6,3	-13,2	179,8	-11,3	-5,9	
Industria	2.719,6	-2,9	-15,7	267,6	-5,3	-13,2	
Construcción	1.850,3	-3,7	-21,7	276,4	-4,7	-33,4	
Servicios	13.563,1	0,9	-2,5	2.160,4	0,2	-2,9	
Asalariados del sector público	..	3º Trim. 09	3.101,9	1,7	3,7	560,1	2,5	8,6	
Asalariados temporales	..	3º Trim. 09	4.046,0	1,9	-18,2	841,1	-3,2	-19,0	
Parados encuestados	..	3º Trim. 09	4.123,4	-0,3	58,7	994,4	-0,4	41,1	
Hombres	2.290,9	0,1	69,2	552,7	2,2	57,5	
Mujeres	1.832,5	-0,9	47,2	441,7	-3,5	24,9	
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	3º Trim. 09	17,9	0,0	6,6	25,64	0,9	39,9	
Hombres	17,8	0,1	7,4	24,63	3,1	58,8	
Mujeres	18,2	-0,2	5,5	27,02	-1,6	20,8	
16-19 años	53,37	-2,94	15,07	57,85	-8,2	27,6	
20-24 años	34,65	1,28	14,74	42,1	3,8	63,6	
25-54 años	16,23	-0,12	6,08	23,55	1,4	40,9	
Más de 55 años	11,57	-0,06	4,79	18,59	0,6	36,8	
Parados de larga duración	Porcentaje	3º Trim. 09	29,5	3,2	8,9	32	4,2	37,3	
Parados registrados	Miles	3º Trim. 09	3.627,5	0,5	43,5	823,5	4,5	28,4	
II. CONDICIONES DE TRABAJO									
Salario mínimo	€/mes	3º Trim. 09	624	0	4,0	624	0	4,0	
Coste laboral por trabajador	€/mes	2º Trim. 09	2.547,92	4,6	3,9	2.394,37	5,8	..	
Industria	2.793,53	3,4	3,0	2.521,17	4,7	..	
Construcción	2.626,32	7,7	6,1	2.446,2	2,7	..	
Servicios	2.481,46	4,4	4,1	2.365,22	6,6	..	
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	2º Trim. 09	146,5	-2,6	..	148,5	-1,2	..	
III. REGULACIÓN DE EMPLEO									
Expedientes	Total	2º Trim. 09	6.051	18,7	452,6	372	13,4	235,1	
Trabajadores Extinción de empleo	17.879	-1,7	149,5	958	-28,9	72,9	
Suspensión de empleo	118.571	-25,91	301,7	3.748	-53,0	834,7	
Reducción de jornada	6.950	43,52	304,8	388	74,0	618,5	
IV. CONFLICTOS LABORALES									
Huelgas	Total	2º Trim. 09	209	-36	-20	
Participantes	Miles	..	31.210	-84	-78	
Jornadas no trabajadas	73.333	-79	-83	
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS									
Crecimiento económico	Porcentaje	2º Trim. 09	-4,2	-3,2	1,7	
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	2º Trim. 09	-7,3	-8,9	-8,9	
Inflación	Porcentaje	3º Trim. 09	-1,1	-0,7	4,9	
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	3º Trim. 09	1,2	1,5	3,9	

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

Comentarios de Jurisprudencia

**EFICACIA DE LOS ACUERDOS ADOPTADOS
EN ASAMBLEA DE TRABAJADORES Y
NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Sentencia del Tribunal Supremo, 30 de octubre de 2007

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Tras la negociación de un nuevo convenio colectivo en una Empresa Municipal, el comité de empresa convoca asamblea de trabajadores con el objetivo de someter a ratificación el convenio colectivo. La convocatoria de la asamblea no venía motivada por una supuesta falta de legitimación negociadora de los representantes de los trabajadores, sino por la previsión contenida en el art. 17 del propio convenio. Tras votación a mano alzada, el convenio colectivo es aceptado por una mayoría de los trabajadores asistentes. Un sindicato, no presente en la comisión negociadora, presentó demanda frente a la Empresa Municipal, el Comité de empresa y las Secciones sindicales de CCOO, UGT y APTTUV, a través de proceso de impugnación de convenios colectivos, alegando que el proceso de ratificación asamblearia no había cumplido con los requisitos previstos en el art. 80 ET, de voto secreto y de quórum mínimo de trabajadores asistentes a la asamblea.

RESUMEN: Tras pronunciamientos previos por parte del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, el Tribunal Supremo estima que los requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores en relación a la asamblea no serían de aplicación al caso que nos ocupa, teniendo que ceñirse a lo previsto en el convenio correspondiente. Dado que en dicho convenio no se preveía procedimiento alguno, y en aras al necesario mantenimiento de lo negociado, se interpreta la suficiencia de la asamblea ratificadora y, por ello, acepta la validez del convenio colectivo.

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. ESCASA SIGNIFICACIÓN DE LA DE REPRESENTACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO
2. UNA JURISPRUDENCIA RESTRICTIVA DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA
3. REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS TRABAJADORES

1. ESCASA SIGNIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Como es sabido, nuestro Estatuto de los Trabajadores se limitó a introducir un deficitario régimen jurídico de los instrumentos de participación directa de los trabajadores, como ya quedaba de manifiesto por el propio título del correspondiente capítulo: Derecho de reunión¹. En dicho capítulo se procedía a introducir una serie de limitaciones que dificultaban la convocatoria de la asamblea y la inutilizaban, en buena medida, como instrumento decisorio de efectos colectivos². Embarcados en una huida del asambleísmo³ que había caracterizado nuestras relaciones laborales, se conseguía un doble objetivo. En primer lugar, impedir que estos instrumentos se convirtieran en mecanismos de participación de los trabajadores en la toma de decisiones que les afectan, potenciando, pues, los instrumentos representativos de decisión, contrariamente de lo que el propio Estatuto de los trabajadores consagra en su art. 4.1.g). En segundo lugar, a través de esta parca regulación se conseguía un régimen jurídico específico del derecho de reunión en el ámbito de la empresa que se alejaba, por las especiales características del lugar donde dicha asamblea se celebra –esto es, en el ámbito de la propiedad privada de un sujeto ajeno a los que ejercitan su derecho a la reunión–, de la regulación genérica del derecho de reunión (Ley Orgánica 9/83, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión –LODR–).

Este contexto normativo plantea, desde el punto de vista práctico, un problema de gran calado. El derecho de asamblea, así como el referéndum, son

¹ En el específico ámbito de la función pública, la Ley 9/87, de 12 de junio, reguladora de los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación de los funcionarios públicos, introdujo en sus artículos 41 y ss. una regulación esencialmente idéntica a la contemplada, para el resto de los trabajadores, en el Estatuto de los trabajadores.

² Cfr. Gallardo Moya, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 1, 1992, p. 50.

³ Cfr. García Becedas, G., «Asambleísmo o representatividad sindical», *D.L.*, nº 25, 1988, pp. 7 y ss.

derechos cuya finalidad consistiría en la posibilidad de que a través de los mismos pudiera conformarse la voluntad colectiva de los trabajadores de manera directa, al margen, por tanto, de los instrumentos de representación previstos. Es decir, estos instrumentos, si su regulación hubiera estado dotada de unas mayores dosis de efectividad, hubieran conseguido articular «fórmulas efectivas que garanticen la expresión de la voluntad de los trabajadores, afiliados y no afiliados»⁴.

Al contrario de lo que ocurre respecto a los referendos convocados por el empresario con el objetivo de eludir la participación de la representación sindical, doctrina y jurisprudencia han acogido favorablemente el recurso al referéndum para la ratificación de un convenio colectivo previamente negociado, siempre que la iniciativa de su convocatoria parta de los propios negociadores, advirtiéndose además que este tipo de acuerdos ha experimentado un considerable incremento en su utilización a lo largo de la década de los noventa⁵.

En el caso que nos ocupa, la asamblea no se configura, como tendremos ocasión de comprobar, como un mecanismo de puesta en cuestión de la representatividad sindical, puesto que son los representantes de los trabajadores en la negociación del convenio los legitimados para la convocatoria referendaria.

2. UNA JURISPRUDENCIA RESTRICTIVA DE LA DE PARTICIPACIÓN DIRECTA

La STS de 30 de octubre de 2007 se debe insertar en una línea de jurisprudencia y doctrina judicial de marcado carácter restrictivo que ha presidido la interpretación de los límites de los instrumentos de participación directa en los últimos lustros. En este sentido, cabe recordar la STCo. 88/03, de 19 de mayo, que ratificó la constitucionalidad de la condena penal de los trabajadores del Ayuntamiento de Valladolid, acusados de allanamiento de morada por negarse a desconvocar una asamblea que implicaba la ocupación del centro de trabajo.

Partiendo de estas consideraciones, no es de extrañar el tenor de la sentencia ahora analizada. En ésta, a pesar de no juzgarse la virtualidad de los

⁴ Casas Baamonde, M.E., «La representación y la necesaria representatividad de los sindicatos: las singularidades del sistema español», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº 10, 1990, pp. 108; «Democracia, representatividad y afiliación sindicales», *Cuestiones actuales de D.T (Estudios ofrecidos al prof. Alonso Olea)*, Madrid, MTSS, 1990, pp. 609-610.

⁵ Véase, Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000.

instrumentos de participación directa ni su relación con los instrumentos representativos, no se resiste *obiter dicta* a argumentar acerca de la relación entre ambos. Efectivamente, el tribunal se encuentra en este caso exclusivamente ante la necesidad de dilucidar la aplicación del régimen jurídico de la asamblea a aquellas convocadas por la representación legal y sindical de los trabajadores. Sin embargo, se termina afirmando con enorme contundencia que el legislador, al ordenar nuestro actual sistema de relaciones laborales, optó por un doble y exclusivo canal de representación, unitaria y sindical. Y no ha incluido –continúa el fundamento de derecho cuarto– a la asamblea de trabajadores como un tercer canal de representación. Llama la atención, pues, el interés de la sentencia comentada en situar en posición preeminente a la representación de los trabajadores respecto a los trabajadores directamente considerados, cuando no era ello una cuestión debatida.

Por el contrario, la única cuestión realmente planteada era la relativa al significado de la mención contenida en el convenio colectivo acerca de la necesidad de su ratificación en asamblea. Es decir, que la cuestión anterior no aparece en ningún momento, pues la convocatoria de la asamblea y su posterior celebración es una consecuencia del ejercicio de la representación unitaria, cuya capacidad negociadora no se vería, a nuestro juicio, menoscabada por el sometimiento –previo a la definitiva aprobación del convenio– a la ratificación asamblearia del mismo. Por el contrario, la única cuestión a resolver hubiera sido el determinar dicha aplicación, a pesar de que, desde la propia admisión del recurso, quedaba claro que la intención del órgano juzgador iba mucho más allá.

Tras la estimación del recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, uno de los sindicatos negociadores del convenio anulado por esta resolución interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. Para ello se basaba en dos hechos: en primer lugar, el relativo al requisito del voto mayoritario de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo para la adopción de acuerdos en asamblea, alegándose como sentencia de contraste la STSJ de Baleares de 30 de junio de 1988. En segundo lugar, en relación al voto secreto se pretendió extraer tal contraste de la STSJ de Navarra de 29 de julio de 1996. El Tribunal Supremo sólo apreció la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 217 LPL respecto de la primera cuestión (voto de la mayoría de los trabajadores de la empresa o de los asistentes a la asamblea). Por el contrario, no se daban, según el Tribunal, tales requisitos procesales en relación al voto secreto, puesto que la sentencia citada hacía referencia a una asamblea de accionistas en una Sociedad Anónima Laboral.

No obstante, y a pesar de que la falta de contradicción con otras Sentencias de los Tribunales Superiores hubiera impedido al Tribunal pronunciarse sobre

la cuestión del voto secreto y, por ende, hubiera debido ser firme la STJ de Valencia, el Tribunal Supremo continúa adelante en el juicio de las dos cuestiones controvertidas, lo que no deja dudas, de nuevo, de la desconfianza del órgano juzgador respecto de los instrumentos de participación directa de los trabajadores en la empresa. Este Tribunal salva la falta de este requisito procesal afirmando que, en realidad, no es trascendente dado su carácter subsidiario, «pues si se estima el primero y se declara la inaplicabilidad al caso del art. 80 ET, sería ya innecesario entrar a examinar las supuestas irregularidades en la votación que sólo podrían existir si dicho precepto resultara aplicable». Esto es, si se admite que no es de aplicación tal artículo a los efectos de exigir el voto de la mayoría de los miembros de la empresa, qué razón habrá para necesitar determinar el carácter secreto o público del voto emitido por estos trabajadores. Como puede fácilmente colegirse, se trata de dos extremos sin ninguna relación entre ellos, por lo que la resolución del primero para nada implica la consideración del sentido del segundo.

Una vez admitido a trámite el recurso, la sentencia ahora analizada plantea en su fundamento cuarto una cuestión de principio previa al enjuiciamiento del objeto del recurso. Considera que el objeto del recurso habrá de resolverse partiendo del hecho de que nuestro legislador ha querido un doble canal de representación (sindical y unitario) exclusivo y excluyente de los procedimientos de participación directa de los trabajadores. Es decir, se considera que toda la cuestión se resuelve partiendo de que el legislador «no ha incluido a la asamblea de trabajadores como un tercer canal de representación» (Fundamento de Derecho cuarto).

Partiendo de semejante consideración, el siguiente paso es evidente. No existía ninguna obligación legal para la convocatoria de la asamblea. Tal convocatoria es una simple decisión voluntaria de los negociadores que la incluyeron como requisito previo a la ratificación del convenio en el propio articulado del convenio colectivo. De tal realidad indubitada, se pasa –sin demasiada lógica– a la afirmación de que tal carácter voluntario excluye la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 80 ET. Es decir, como el requerimiento de la opinión de los trabajadores no está sujeto a ninguna obligación, si se termina, no obstante, solicitando la opinión de los trabajadores en asamblea, tal asamblea no se tendría que someter a los requisitos legales.

Sin embargo, es obvio que la convocatoria y celebración de la asamblea, obligatoria por el simple deseo de los negociadores, habrán de desarrollarse por algún tipo de cauce. Excluidos los previstos en el Estatuto de los trabajadores, tales requisitos habrán de ser aquellos que garanticen el mantenimiento de lo negociado, «habida cuenta de que los negociadores del convenio en cuestión no tenían ninguna limitación impuesta por Ley para fijar los términos de la ratificación, ni para poder concluir el convenio» (Fundamento de Derecho Quinto).

Se aprecia de lo expuesto hasta ahora que el Tribunal Supremo contempla los procesos de participación directa de los trabajadores como mecanismos que implican una hostilidad frente a los únicos sujetos legitimados para la negociación de un convenio colectivo. Es decir, que el objetivo de tal resolución parece ser defender a la representación unitaria y sindical de las interferencias que en su legitimidad negociadora puede suponer la participación directa de sus representados. Para ello, excluye incluso la posibilidad de aplicar por analogía el régimen estatutario. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la propia voluntariedad de la cláusula suspensiva contenida en el art. 17 del Convenio implica ya el reconocimiento de la exclusiva legitimidad negociadora de tales representaciones.

En definitiva, olvida nuestro Alto Tribunal que, en buena medida, los requisitos procedimentales, en especial la exigencia de quórum y el carácter secreto de los votos emitidos en la asamblea, son, en determinados contextos, garantías del proceso de formación de la voluntad colectiva de los trabajadores. La eliminación de los mismos puede suponer facilitar las interferencias empresariales en el normal discurrir de tales asambleas⁶.

Llegados a este punto, habría que plantearse si hubiera sido la misma la posición del Tribunal Supremo si el sentido de la votación emitida a mano alzada por una minoría de los trabajadores de la plantilla hubiera sido de rechazo al contenido del convenio. Previendo semejante extremo, aunque de nuevo sin que existiera ningún tipo de necesidad al respecto, el Tribunal Supremo termina ninguneando la trascendencia de los acuerdos asamblearios en el siguiente sentido: «con la misma libertad que decidieron [los representantes de los trabajadores] pactar tal condición suspensiva, pudieron no hacerlo, al igual que podían también volver a reunirse en cualquier momento posterior a la celebración de la asamblea, y concluir ese mismo Convenio u otro modificado, eliminando el art. 17 sin impedimento alguno derivado de lo acordado en ella» (Fundamento de Derecho quinto). Es decir, que si el resultado de la consulta no satisficiera a los convocantes de la asamblea, éstos no estarían necesariamente vinculados más allá de un mero compromiso moral fácilmente eludible en la práctica. Ello, lógicamente, inutiliza el instrumento de participación directa en su conjunto, desincentivando la participación de los trabajadores convocados en unos órganos cuya decisión, de no ser la deseada por los convocantes, carecería de eficacia vinculante. Este extremo tiene una enorme significación, sobre todo si se recuerda que, en buena parte de los casos, este tipo de

⁶ Entre otras, puede verse las SSTs de 23 de diciembre de 1998 y de 3 de mayo de 1995 (Ar. 3739). En ésta se analizan la antisindicalidad de tales interferencias.

convocatorias se produce en el contexto de situaciones conflictivas y de alejamiento entre la voluntad de representantes y representados. Por todo ello, nos debemos detener en el análisis de las posibilidades de tales instrumentos en el marco de la negociación colectiva.

3. EL REFERÉNDUM DE RATIFICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

A pesar de la inexistencia de ningún tipo de exigencia legal respecto de la ratificación de los convenios colectivos a través de la declaración directa de voluntad de los trabajadores en nuestro ordenamiento jurídico, no son pocos los supuestos en los que se produce dicho sometimiento en la práctica de las relaciones laborales. La razón de dicha presencia extra legal se encuentra en que los mismos pueden suponer un mecanismo adecuado para reducir las distancias que, en algunos casos, sobre todo en el marco de procesos de negociación concesivos o de aprobación de convenios colectivos de gestión, se han podido generar entre representantes y representados. Al mismo tiempo, también la asamblea es un buen instrumento para el desbloqueo de procesos de negociación difíciles en los que pueden existir posiciones divergentes entre los propios sujetos negociadores.

En primer lugar, se trata lógicamente de un requisito puramente voluntario de los negociadores, que poseen la facultad de negociar los convenios colectivos como consecuencia de su representación en la empresa o sector profesional. Sin embargo, en determinadas circunstancias estas organizaciones pueden entender conveniente hacer partícipes a sus representados en la toma de decisiones. Como acabamos de mantener, los conflictos de intereses entre representantes y representados son mucho más factibles en un contexto normativo en el que las funciones de la negociación colectiva han sido ampliadas. De este modo, la misma posibilidad de acuerdos en los cuales los niveles adquiridos de derechos se puedan ver afectados abren las puertas a estos procesos de participación directa que pueden llegar a socializar las responsabilidades de las supuestas concesiones. Desde nuestro punto de vista, para que dicha posibilidad se pueda ver satisfecha es necesario un doble nivel de garantías. En primer lugar, que el sentido del sometimiento a la decisión de todos los trabajadores se vea respetado obligatoriamente. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, se precisa la implementación de una serie de requisitos de obligado cumplimiento que aseguren de forma efectiva que la formación de la voluntad colectiva de los trabajadores no se pueda ver interferida por presiones ajenas a su voluntad.

En cuanto al primero de los requisitos, esto es, la garantía de que una vez formada la voluntad colectiva ésta deba ser respetada, nos encontramos ante

uno de los más importantes escollos a los que hacen frente estos mecanismos de participación directa. De las escasas menciones que el Estatuto de los Trabajadores dedicó a los mecanismos de participación directa, no se encuentra mención alguna a la posible relación de éstos con los procesos de negociación colectiva. De este modo, el sometimiento de los negociadores a tales procedimientos no deja de ser algo totalmente voluntario. Es decir, que sólo dependerá de su arbitrio el que finalmente se respete la voluntad de los trabajadores formada a través de los instrumentos de participación directa.

Respecto de la segunda de las exigencias adelantadas, la relativa a las exigencias procedimentales, los únicos parámetros de referencia los constituyen los requisitos que el Estatuto desarrolla para la asamblea. Como se sabe, el Estatuto introdujo en su articulado una regulación, al subordinarlos permanentemente al necesario respeto a la libertad de empresa. Al mismo tiempo, dentro de las escasas exigencias de protección de la voluntad de los trabajadores formada a través de tales mecanismos, se encuentra el carácter secreto del voto emitido por cada trabajador en tales acuerdos. Este requisito responde a una lógica bastante evidente: la voluntad de cada trabajador sólo es realmente libre si se ve a vez protegida en el anonimato del resto de los compañeros. Es decir, en procesos de negociación especialmente conflictivos a los trabajadores no les interesa la publicidad del sentido de su decisión.

Es por ello que la exigencia del Sindicato por la Unidad de Clase cobra el máximo significado. Este sindicato, que no participó en el proceso de negociación colectiva, entiende que una vez aceptada la necesidad de la ratificación asamblearia del convenio colectivo, la misma debe estar presidida por las garantías mínimas previstas en el Estatuto. De lo contrario la voluntad colectiva puede verse condicionada. En el caso que nos ocupa esta voluntad pudo verse afectada de dos maneras diferentes. Por una parte, el escaso interés de los negociadores en la convocatoria de la asamblea pudo estar detrás de la exigua participación de los trabajadores en un tema tan importante como era el de sus condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo. En segundo lugar, la publicidad del voto a mano alzada pudo condicionar, asimismo, el sentido del voto de los asistentes.

Nos centraremos en esta segunda cuestión. El voto emitido por un trabajador en una asamblea constituye una expresión de su autonomía individual, al menos en lo que aquí interesa. Al trabajador se le somete a consulta el fruto de un acuerdo en el que participó la empresa. Es decir, que la emisión de un voto público negativo supone, en realidad, la explicitación de una voluntad contraria al deseo de la parte empresarial de regular las condiciones de trabajo en un determinado sentido. Eso es, lógicamente, lo que justificaba la propia regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, el secreto del voto asegura que el resultado de la votación sea efectivamente exteriorización

de la voluntad colectiva de los trabajadores frente a la suma de voluntades individuales que implica el conocimiento del sentido del voto de los asistentes a la asamblea.

Sin embargo, la sentencia ahora analizada parte de un posicionamiento totalmente enfrentado. Considerando que los representantes de los trabajadores son los únicos depositarios de la capacidad de negociación de los convenios colectivos, todos los requisitos adicionales que puedan implementarse en los procesos de negociación habrán de estar condicionados a tal capacidad inicial. De este modo, dado que el convenio colectivo sólo previó el requisito del acuerdo asambleario sin especificar los aspectos relativos a su convocatoria, quórum y carácter del voto de los asistentes, serán los negociadores los que establecerán tales extremos. Tal razonamiento se ve explicitado en la propia resolución analizada. En la misma se mantiene que resulta un sinsentido exigir determinados requisitos mínimos, en este caso los previstos en el Estatuto, cuando es perfectamente asumible que el resultado de la votación, de no ser aceptado, no surta ningún efecto. Es decir, que en la propia resolución se termina admitiendo lo que subyace detrás de la exoneración de los requisitos procedimentales estatutarios, esto es, la posibilidad de no cumplir, en el caso de que el resultado de la votación no sea el querido, la voluntad de los trabajadores formada en asamblea.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS TRABAJADORES

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, pese a la imposibilidad, desde el punto de vista del Derecho positivo, para propugnar un mayor protagonismo de los mecanismos de democracia directa, no existe una total imposibilidad para que en el futuro estos mecanismos pasen a un plano más destacado. Se concedería, de este modo, un nuevo espacio de actuación al derecho de participación de los trabajadores en la empresa al margen de los órganos de representación, tal y como reconoce expresamente el Estatuto en sus arts. 4.1.g) y 61, desarrollo de lo establecido en el art. 129.2 C.E. Puede considerarse que el Estatuto de los Trabajadores ha proporcionado, a través de dichos preceptos, un marco legal mínimo a los acuerdos asamblearios, alejado de los esquemas civilistas, y que permitiría la atribución, en un futuro, de unas mayores facultades en este sentido.

Respecto de este objetivo, se ha de advertir, en primer lugar, que nada obsta para que los propios negociadores, de motu proprio, realicen una convocatoria de asamblea o referéndum para propiciar el desarrollo de la correspondiente consulta a sus bases, antes, durante o tras la finalización de un proceso

negociador, y ello sobre la base de la libertad negociadora que caracteriza a los mismos, al jugar «un importante papel como vehículo de acercamiento (no de sustitución) del sindicato al centro de trabajo y a los propios trabajadores». Asimismo, a través de este sometimiento voluntario a la ratificación o no del fruto de la negociación, lograría evitarse el temor manifestado por algún sector de la doctrina acerca de que los mecanismos de democracia directa pudieran convertirse en vehículo de deslegitimación, puesto que serían las organizaciones sindicales, desde su legitimidad, las que realizarían la consulta a sus representados⁷. De esta manera, el resultado negativo o positivo de la consulta sería, en última instancia, una consecuencia de la propia decisión sindical de someter el acuerdo a referéndum o asamblea.

Desde el punto de vista de la posibilidad de una reforma legislativa que favorezca los mecanismos analizados, se ha de partir con carácter previo de la consideración de que no todos los supuestos referendarios pueden ser concedidos –en el caso de que se opte por conferirles una mayor significación– de idéntica forma. En lo que concierne a los acuerdos colectivos de gestión, lo que se ha de buscar no es la adopción del referéndum en tanto que proceso generador de la norma colectiva. Tal perspectiva se traduciría en la introducción del mandato imperativo en Derecho del Trabajo, lo que sería contrario al papel histórico de los sindicatos representativos en el dominio de la negociación colectiva. Cabe pensar en el establecimiento del referéndum después de que el acuerdo colectivo haya sido concluido, y no en la fase de la negociación; se trataría, de este modo, de un referéndum de aprobación del contenido del acuerdo concluido, por lo que su razón de ser se encontraría en la búsqueda de un consenso respecto de las condiciones a las cuales los trabajadores se verán sometidos. El referéndum sería así una condición suspensiva de la aplicabilidad del acuerdo colectivo de gestión, de suerte que el rechazo por la mayoría de los trabajadores de tales acuerdos debería entrañar su no aplicación en la empresa. Como consecuencia de esta negativa, continuaría en vigor el contenido normativo del convenio que se pretende sustituir (siempre que no se hubiera previsto lo contrario en este último), obligando a los negociadores a reanudar el proceso negociador. Por el contrario, no sería aceptable, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de asambleas o referendos convocados a instancia empresarial, incluso en el supuesto de que las propuestas de aquí emanadas fueran más ventajosas para los trabajadores que las contenidas en el propio convenio colectivo, pues ello supondría una clara vulneración de la libertad sindical. A este respecto, podría traerse a colación la doctrina formu-

⁷ Cfr. Romagnoli, U., «Rappresentatività del sindacato: sì alla legge ma con meno referendum», *Lavoro e Diritto*, 1989, n° 2, p. 13.

lada por el Tribunal Constitucional respecto a la autonomía individual en masa. La oferta genérica empresarial que este Tribunal consideró, en su sentencia 105/92, de 1 de julio, vulneradora de la negociación colectiva, ha de equipararse al supuesto ahora contemplado, a pesar de que en esta ocasión la oferta genérica muestre la forma de convocatoria de referéndum.

Para concluir, desde nuestro punto de vista, no sólo es posible que a través de la correspondiente reforma legislativa se introduzca, en algunos supuestos, la obligatoriedad de consultas a los destinatarios de los acuerdos, sino que también es aconsejable, desde el punto de vista de la práctica de las relaciones laborales, que así se haga en ámbitos específicamente relacionados con el empleo o con la disposición de derechos de especial significación para los destinatarios del convenio peyorativo, cosa que ocurre en la experiencia comparada. Como ya quedó expuesto, los trabajadores individuales carecen de mecanismos aptos para evitar la disposición de sus derechos a través de los convenios colectivos. Esta circunstancia ocasiona un distanciamiento y extrañamiento entre representantes y representados. Un buen medio para evitar dicha escisión sería, precisamente, el acrecentamiento de la directa intervención en la toma de decisiones que introducirá la disposición de sus derechos. Por otra parte, al mismo tiempo que se daría cabida a la intervención de los trabajadores, se evitaría la apelación a instrumentos de protección de éstos de carácter individual y que implican la individualización de las relaciones laborales.

Sin embargo, como se desprende de la STS de 30 de octubre de 2007, las resistencias a facilitar el aumento de los espacios a los mecanismos de participación directa son evidentes, puesto que aquéllos se conciben como menoscabos de los únicos procedimientos de participación que el legislador consideró actos para la negociación de convenios colectivos.

**GARANTÍA OBJETIVA Y AUTOMÁTICA A FAVOR
DE LA MUJER EMBARAZADA: UN LÍMITE AL
PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL...
¿CON EFECTOS PERVERSOS?**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de mayo de 2009

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora/actora había prestado servicios para la empresa demandada desde el 11 de septiembre de 2006 como Jefe Superior Administrativo. Con efectos de 17 de julio de 2007 fue despedida mediante carta en la que se reconocía la improcedencia del despido y se consignaba judicialmente el importe de la indemnización, que la actora hizo efectiva. Con fecha de 23 de julio de 2007 se confirmó por analítica su embarazo de cinco semanas. Intentado el preceptivo acto de conciliación previa éste resultó sin avenencia, alegando en el mismo la empresa desconocer la situación de embarazo de la actora y que las causas del despido eran ajenas a dicha hipotética situación. La actora solicita que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del despido, por encontrarse en situación de embarazo

La pretensión de la actora fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 25 de Madrid en sentencia de 28 de noviembre de 2007. Decisión confirmada por la STSJ Madrid de 5 de mayo de 2008 –basándose en la STS de 19 de julio de 2006, dictada en Sala General– al entender que la declaración de nulidad contemplada en el artículo 55.5.b) ET exigía el presupuesto de que el empresario tuviese conocimiento del embarazo de la trabajadora a la fecha del despido.

RESUMEN: El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina y, por ende, desestima la Sentencia del Superior de

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

Justicia sobre la improcedencia del despido, alegando que el despido de una mujer embarazada se configura como un supuesto de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación; esto es, aunque el empresario desconociera la situación de embarazo y consecuentemente el despido no tuviera móvil discriminatorio.

ÍNDICE

1. CONDICIONES PREVIAS
2. BREVE RECORDATORIO DE LA POSTURA DE LA DOCTRINA FRENTE AL DESPIDO DE LA EMBARAZADA
3. TESIS DE LA NULIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 55.5.B) ET. RECAPITULACIÓN DESDE EL SUPREMO
4. NOTA FINAL

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La STS de 6 de mayo de 2009 no hace sino confirmar la línea seguida por el Supremo en acatamiento de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 92/2008, de 21 de julio, comentada recientemente en esta misma revista, y a la que nos remitimos.¹

Ante una doctrina que queda ya asentada a través de numerosos pronunciamientos, el interés de este comentario radica en servir de punto de partida de una reflexión sobre la afortunada “vertiginosa” evolución habida en los últimos años en la regulación de las medidas destinadas a conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras —que no es sino un reflejo de los cambios sociales que estamos viviendo y del espíritu que preside la intención del legislador de adaptarse a ellos— y, por ende, en cuestiones relacionadas directamente con la maternidad de la mujer que trabaja fuera del hogar, que debían tener su reflejo en la propia interpretación que se hace de la normativa vigente. Ante este panorama normativo, era inexcusable replantear doctrinas establecidas desde hace años por los tribunales que, precisamente por esa razón, deberían renovar sus teorías y argumentos con el fin de adaptarse a las nuevas realidades y exigencias sociales.

¹ Al respecto, Elorza Guerrero, F., “La nulidad objetiva del despido de las trabajadoras embarazadas” en *Temas Laborales* 98/2009, pp. 239 a 248.

Estamos ante una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo y no subjetiva, no teniendo en cuenta los motivos que han conducido a dicha decisión. La mujer embarazada queda, por tanto, protegida frente a cualquier despido, con independencia del conocimiento que el empresario pudiera tener de la situación y ello con el fin de que cualquier mujer trabajadora pueda conciliar su derecho personal a quedarse embarazada con el derecho a mantener su puesto de trabajo, postura que compartimos y defendemos plenamente. Un razonamiento diferente tendría un efecto perverso, ya que podría obligar a las trabajadoras a renunciar a su derecho constitucional a la intimidad y abriría las puertas a la picaresca, pues los empresarios podrían alegar la falta de conocimiento del hecho para prescindir de sus empleadas embarazadas.

Sin embargo, y a pesar de lo encomiable de estas posturas renovadas, nos invade una sensación de desazón porque de esa protección jurídica podría derivarse el efecto contrario de lo que se pretende lograr. Pensemos en aquellas mujeres que deseen incorporarse al mercado de trabajo y encuentran las reticencias de los empresarios ante lo que pudieran percibir como una protección excesiva hacia la mujer que se traduce en una complicación añadida en la gestión de sus recursos humanos. Por otra parte, habría que diferenciar estos casos de aquellos otros (muy frecuentes en la práctica) en los que no ha habido un auténtico despido, sino otras justas causas de extinción, siendo la más frecuente la terminación de un contrato temporal suscrito legalmente. En estos casos, la trabajadora, aunque sea mediante la prueba de indicios, deberá llevar al ánimo del juez el motivo discriminatorio de la extinción de su contrato o de su no renovación para que sea equiparada a un despido nulo.²

Pretendemos que el análisis de este pronunciamiento, con las preceptivas referencias a los anteriores en sentido idéntico, sirva de punto de partida para iniciar una reflexión acerca de que la evolución en la materia que nos ocupa exige no sólo una modificación de la normativa y de su interpretación (requisitos ambos logrados) sino un cambio de mentalidad de la sociedad, en general, y muy particularmente de los protagonistas de las relaciones laborales, personas empleadoras y trabajadoras.

² Como ejemplo, STC 74/2008, de 23 de junio (BOE de 24 de julio) sobre discriminación por razón de sexo en caso de extinción de contrato temporal de una mujer a causa de su embarazo.

2. BREVE RECORDATORIO DE LA POSTURA DE LA DOCTRINA FRENTE AL DESPIDO DE LA EMBARAZADA

Si recordamos, la mayor parte de la doctrina, tanto científica como judicial, había venido entendiendo que el despido de una mujer embarazada, lo conociese o no el empresario, e incluso aunque lo desconociese la propia interesada en la fecha del despido, sólo tenía dos respuestas judiciales posibles, que eran, o bien la declaración de procedencia por haber cometido la trabajadora faltas muy graves no ligadas a su situación de embarazo, o bien la declaración de nulidad para el resto de los casos, ya que se está protegiendo la situación de embarazo de la mujer, sin que en ningún supuesto esta declaración de nulidad con su reintegro al puesto de trabajo y el abono de los salarios que haya dejado de percibir, pudiera cambiarse por la de improcedencia con una indemnización a opción de la empresa. Es la tesis de la “nulidad objetiva” del despido por embarazo, que en el momento actual se hace incuestionable, y que, basándose en una interpretación literal de la ley, considera irrelevante el móvil del empresario, tratando así de proporcionar a las embarazadas una tutela más enérgica que la tutela discriminatoria, dispensándolas de acreditar los indicios de discriminación.³

Sin embargo, no olvidemos que en los últimos años frente a esta posición, el Tribunal Supremo se va a inclinar por la tesis contraria, considerando necesario el conocimiento por la empresa de la situación de embarazo para poder afirmar que el despido es nulo.⁴

Como punto de partida de esta línea doctrinal, la STS de 19 de julio de 2006. La decisión se fundamenta en que la calificación de la nulidad del despido en estos casos obedece a que nos encontramos ante un despido discrimi-

³ De tal modo, que siempre que la trabajadora se encuentre en alguno de los supuestos protegidos por embarazo –o por maternidad– se presume *ex lege* y *ab initio* la nulidad de la extinción. Dicha presunción la libera de probar los indicios de discriminación o, mejor dicho, dicha carga se reduce a la sola y necesaria acreditación en el acto de juicio de estar incurso en alguno de los referidos supuestos.

⁴ Véase, en este sentido, el comentario de Cairós Barreto, “La confirmación constitucional de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada”, en *Relaciones Laborales* 2/2008, pp. 670 a 671, en dónde la autora hace un recordatorio de la doble interpretación del artículo 55.5b) llevada a cabo por los tribunales de justicia: por una parte, un entendimiento estricto del precepto que daría lugar a un supuesto de responsabilidad objetiva o nulidad objetiva; por otro lado, una interpretación sistemática que conduciría a una modalidad del despido discriminatorio y que exigiría, por ende, indicios de discriminación en la conducta extintiva del empresario para que fuera de aplicación la calificación de nulidad del despido, lo que implicará el conocimiento por parte del empresario del estado de gestación de la trabajadora, interpretación esta última por la que se decantan la mayoría de los pronunciamientos judiciales en los últimos años.

minatorio, un despido nulo por lesión de derechos fundamentales, en los que el derecho fundamental lesionado es el derecho a no ser discriminado por razón de sexo o por cargas familiares. Y, según interpreta el Supremo, difícilmente va a existir esta carga discriminatoria si el empresario ignora el presupuesto necesario para su configuración. Nos encontramos con un pronunciamiento claro y rotundo del Supremo que exige, sin resquicio de duda⁵, que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la trabajadora y que, además, se dicta para unificar doctrina. Sentencias posteriores se argumentaron en la misma línea, como la, no tan lejana, STS de 24 de julio de 2007, comentada también en esta revista.⁶

En las fundamentaciones jurídicas de estas sentencias se menciona a la jurisprudencia constitucional cuando ha resuelto sobre la discriminación por embarazo a la luz del artículo 14 de la Constitución. Como ya conocemos, esta cuestión en el pasado se abordó por el Tribunal en tres pronunciamientos claves, cuya doctrina podría resumirse señalando que para el Constitucional el conocimiento del embarazo por parte de la empleadora es requisito “sine qua non” para fundamentar la existencia de un trato discriminatorio en relación con el despido.⁷

La indudable importancia de las aportaciones hechas por la nueva doctrina expuesta en la STC 92/2008, de 21 de julio, hace replantear las bases de la tesis mantenida hasta el momento. Hasta la fecha, la aproximación a la materia que nos concierne se había producido analizando los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal desde la perspectiva del artículo 14 CE, esto es, discriminación por razón de sexo.

⁵ No podemos obviar que la citada interpretación judicial, adoptada por el pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo compuesto por 17 magistrados, tuvo un voto particular contrario suscrito por 7 magistrados.

⁶ Véase, en Temas Laborales 96/2008, pp.229 a 239. Recordando sucintamente, la STS de 24 de julio de 2007 considera que la exigencia de que el empresario conozca el embarazo para que se pueda calificar como nulo el despido de la mujer embarazada, no sólo es consustancial a la caracterización del supuesto en particular como despido discriminatorio, sino que no desvirtúa en absoluto la eficacia protectora del artículo 55.5.b ET. Se deja claro que el precepto proporciona a las mujeres en estado de gestación una ventaja procesal muy poderosa para la defensa de su puesto de trabajo, que es la presunción legal “iuris et de iure” del móvil discriminatorio. Sin embargo, como toda presunción, la establecida en el artículo 55.5.b. ET ha de apoyarse en un “hecho indicio”, pues si éste no existe no puede haber presunción; y este “hecho indicio” no es otro que el conocimiento del empresario de la situación de embarazo. Sobre esta base se sustenta el hecho presunto del móvil discriminatorio.

⁷ En este sentido, véase, de nuevo, los comentarios de Elorza Guerrero, F., cit., p. 241, en donde hace referencia a tres pronunciamientos claves del alto Tribunal sobre la cuestión que ratifican la tesis expuesta: STC 41/2002, STC 17/2003 y STC 62/2007.

La sentencia resulta novedosa porque, por una parte, plantea la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) desde el momento en que los Tribunales han venido exigiendo un requisito que la norma legal (artículo 55.5 ET) no contempla, tal y como es el conocimiento por el empresario de la situación de embarazo. En segundo lugar, el Alto tribunal configura una teoría de nulidad objetiva que resulta distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el artículo 55.5 párrafo 1^o ET., respecto de la que rige la denominada doctrina de la prueba indiciaria. De este modo, el artículo 55.5 b) ET configura la “nulidad objetiva” de todo despido producido en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación, configurando, de este modo, un mecanismo de “garantía reforzada” en la tutela de las trabajadoras embarazadas, reforzamiento que posee una clara relevancia constitucional, desde tres flancos principales: en primer lugar, desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE), al eximir a la trabajadora de la obligación de practicar una prueba que puede resultar muy compleja, como es el conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo. En segundo lugar, este reforzamiento resulta a su vez plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE); por último, se está consolidando al mismo tiempo otras finalidades constitucionales, como la protección de la salud y seguridad (Directiva Comunitaria 92/85 CE) o la de la familia y los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora a favor de su maternidad con una “garantía de indemnidad” reforzada.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 17 de octubre de 2008 declaró, por primera vez, nulo el despido de una trabajadora embarazada quien no había comunicado dicho extremo al empleador. Hasta la resolución del Constitucional se consideraba necesario que la empresa conociese el embarazo para poder apreciar la lesión de un derecho fundamental. Esta tesis de la *nulidad objetiva automática* del despido injustificado de la trabajadora embarazada implicaba rectificar la jurisprudencia sentada en anteriores sentencias de la misma Sala del Supremo⁸. A este pronunciamiento han seguido otros en la misma línea. Como ejemplo, STS de 16/01/09, rec. 1758/08; STS de 17/03/09, rec. 2251/08, STS de 13/04/09, rec. 2351/08 y 30/04/2009, rec. 2428/08.

⁸ Como ejemplo, STS de 19-7-2006, rec. 1452/2005, de Pleno o Sala General; STS 24/07/07 rec. 2520/2006, ya citada; STS 29/02/08, rec. 657/2007, y STS 12/03/08, rec. 1695/2007, que defendían que la nulidad de un despido de una mujer embarazada se daba si el acto unilateral del empleador, de extinción del contrato de trabajo, era a consecuencia del embarazo que, en consecuencia, exigía el conocimiento de dicho estado por parte del empresario que despide.

Según todas estas sentencias, dictadas en unificación de doctrina, el artículo 55.5.b) ET al establecer la calificación de nulo para todo despido no justificado de trabajadoras encinta, alberga una garantía automática y objetiva, para la que no hace falta que concurra una intencionalidad discriminatoria en el despido. Despliega sus efectos, por lo tanto, independientemente de que el empresario conozca o no el embarazo de la trabajadora despedida. Con la nueva doctrina, ya asentada, la Sala 4ª del TS busca adecuarse completamente a lo que los magistrados afirman que es el espíritu de la modificación que introdujo la Ley 39/1999, al abarcar el despido nulo por la vulneración de derechos fundamentales diversos supuestos de relacionados con el embarazo, la maternidad y el disfrute de determinados permisos parentales.⁹

Uno de los pronunciamientos más recientes es el que constituye el objeto de esta reflexión. La STS de 6 de mayo de 2009 merece un comentario por la claridad con la que se exponen sus fundamentos y presenta, a modo de resumen, el núcleo de la doctrina –primeramente del Tribunal Constitucional y posteriormente de la Sala IV del alto Tribunal– a este respecto.

3. TESIS DE LA NULIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 55.5.b) ET. RECAPITULACIÓN DESDE EL SUPREMO

No olvidemos que la cuestión que se suscita en el presente recurso es la relativa a la interpretación que haya de darse al artículo 55.5.b) ET, en la cuestión relativa al posible carácter automático de la protección concedida –en caso de despido– a la mujer embarazada, y más concretamente la posible exigencia

⁹ Con respecto a esta última cuestión, y como ejemplo de posturas más acordes con el espíritu y finalidad que impregna las normas reguladoras de la conciliación de la vida laboral y familiar, podemos traer a colación una reciente –y polémica– sentencia del Tribunal Supremo, de fecha de 23 de abril de 2009 (rec. 44/07) en el que se corrige un pronunciamiento anterior de la misma Sala (STS de 24 de julio de 2008) sobre la interpretación del término *hospitalización* a efectos del permiso reconocido a los parientes hasta el segundo grado en el artículo 37.3b) ET, incluyendo en la citada expresión el *parto natural*. Se argumenta en la sentencia que una solución diferente provocaría una situación peyorativa para la mujer siendo, en palabras del propio tribunal, “discriminada por su sexo caso de denegarle la posibilidad de que sus parientes la auxilien sin sufrir merma salarial”. Por tanto, una interpretación distinta a la mantenida tendría que ser rechazada por discriminatoria y contraria al artículo 8 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

–para que el despido deba ser calificado nulo– de que el empresario tenga conocimiento de la gestación.

Recordemos, también, que en el caso concreto que se analiza en esta sentencia la trabajadora/actora fue despedida, con efectos del día 17 de julio, mediante carta en la que se reconocía la improcedencia del despido. Con fecha de 23 de julio de 2007 se confirmó por analítica su embarazo de cinco semanas, presentando demanda la afectada solicitando la declaración de nulidad del despido; la pretensión que fue desestimada por el tribunal al considerar requisito *sine qua non* para que operara la nulidad el hecho de que el empresario tuviese conocimiento del embarazo de la trabajadora a la fecha del despido.

En primer lugar, la sentencia deja constancia que la cuestión fue ya resuelta en pronunciamientos anteriores que se reiteraron en el mismo sentido, pero también advierte que ese consolidado criterio fue modificado en acatamiento a la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales ante la doctrina sentada por la STC 92/2008, de 21 de julio, habiéndose dictado por la misma Sala en el nuevo sentido varios pronunciamientos –reseñados *ut supra*– que reproducen los razonamientos empleados por el intérprete máximo de la Constitución.

El Supremo considera que esta reiteración argumental y de doctrina propicia una más que clara definitiva solución del debate y justifica un resumen o recapitulación expositiva de los puntos esenciales del núcleo de esta consolidada línea doctrinal.

Para el Supremo hay varios elementos claves a destacar, que exponemos a continuación:

1º “La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [artículo 14 CE]”.¹⁰

2º “Para ponderar las exigencias que el artículo 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad”.¹¹

¹⁰ Evidentemente, están vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas, tutelados por art. 40.2 CE, o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos, referido por el art. 39 CE.

¹¹ Sin querer abundar en la cuestión, que remos dejar constancia que el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad y la lactancia constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales. Recientes estudios desvelan que nueve de cada diez mujeres embarazadas en España sufre ‘mobbing maternal’ en su

3º “La protección de la mujer embarazada que instaura la Ley 39/1999 se lleva a cabo sin establecer requisito alguno sobre la necesidad de comunicar el embarazo al empresario o de que éste deba tener conocimiento de la gestación por cualquier otra vía, ya que la finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo”.¹²

Todo ello lleva a entender que el precepto es “configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación”.

Al llegar a esta conclusión, el Tribunal deja constancia de dos aspectos fundamentales:

Por una parte que la protección implica la nulidad objetiva y mejora la dispensada por la Directiva 92/85/CEE, de la que la Ley 39/1999 era transposición, habida cuenta de que en la Exposición de Motivos de la citada Ley se advertía expresamente que tal transposición se efectuaba “superando los niveles mínimos de protección”.

Por otra, aún estando claro que la finalidad esencial de la norma es la de combatir los despidos discriminatorios –por razón de embarazo–, esa “finalidad última no implica que el instrumento elegido por el legislador para su articulación no pueda consistir en una garantía objetiva y automática, que otorgue la protección al margen de cualquier necesidad de prueba del móvil discriminatorio”.

ámbito laboral y el 25% son despedidas, siendo el embarazo “la primera causa de despido o amenazas por parte de la empresa”. Sin duda, la gestación, la baja por maternidad, la reducción de jornada y el planteamiento de querer tener familia, repercuten negativamente en la renovación del contrato laboral y en la contratación de mujeres entre un 25 y un 80% de los casos. Véase en: http://www3.feccoo.net/bdigital/muj/20070110_muj/ActualNoticias.htm

¹² Consideramos, siguiendo la argumentación del Supremo, que la cuestión del estado de gestación pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener –legítimamente– preservado del conocimiento ajeno. Además, en palabras del Alto Tribunal “con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer”.

4. NOTA FINAL

Líneas consolidadas como la que comentamos son, sin duda, de una indudable envergadura, y constituyen el reflejo de una evolución social que tiene su base en la igualdad de oportunidades y en el tenaz intento de hacer desaparecer la discriminación por razón de sexo.

Debemos, sin embargo, ser conscientes que pronunciamientos como el que analizamos y otros que van en una línea similar no sólo no dejan de presentar algunos flancos abiertos a la crítica¹³, como ya apuntábamos al inicio de este comentario, sino que pueden actuar como armas de doble filo y provocar el efecto contrario al deseado –que no es sino evitar el fomento de situaciones peyorativas hacia la mujer basadas en la discriminación por consecuencias derivadas de la propia naturaleza femenina– al crear reticencias, o cuanto menos reservas en la empresa a la hora de contratar a mujeres en edad fértil, pues ven en la nueva situación una “carga a soportar”.

Las medidas legales y la interpretación que de ellas se haga sólo resuelven el problema fragmentariamente. Los empleadores deben ser conscientes (esto es, deben entender y asumir) que el despido de la trabajadora embarazada constituye causa de nulidad sin más, no reconducible al despido discriminatorio por razón de sexo sino conectada a la situación de embarazo en sí, por lo que el conocimiento o no por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora resulta a estos efectos ciertamente irrelevante, ya que el interés que se está protegiendo es el embarazo mismo, como derecho de la mujer y bien social que es, y no la no discriminación por razón de sexo.

Pensemos que la maternidad es un derecho que la ciudadanía ha de defender y respetar por el bien de la sociedad. Apostemos por fomentar una mentalidad en la empresa –y, afortunadamente, ya tenemos algunos ejemplos de ello– que ayude a prevenir e impedir la discriminación y la intolerancia relacionada con la maternidad, evidenciando el alto valor social de la misma. Sin duda, ésta propicia un desarrollo personal insólito y ofrece a la mujer una energía y una plenitud inauditas que van a redundar en beneficio de la empresa y de la sociedad en general.

¹³ En las consideraciones previas expusimos los problemas que se podrían derivar en casos de no renovación de contratos temporales, por ejemplo, en los que la trabajadora embarazada tendría que, al menos, aportar indicios de la discriminación.

**REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE
LA INVITACIÓN EN EL RETA**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2009

SOFÍA OLARTE ENCABO*

SUPUESTO DE HECHO: La trabajadora prestaba servicios por cuenta propia en una tienda al por menor de ropa de la que era titular. Mientras se hallaba prestando servicios sufrió un accidente que le afectó al tobillo y pierna, siendo ingresada en un hospital y detectándose fractura de tobillo. Aunque la trabajadora estaba en alta en el RETA, sin embargo la Mutua le notifica la denegación de la prestación económica de IT “por no encontrarse al corriente de sus cuotas no prescritas en el Régimen Especial anteriores a la baja médica”. La actora tenía un descubierto por importe de 810,27 euros en vía de apremio. Después de la fecha del accidente la actora hizo ingreso de dichas cuotas pero no se le ha abonado la prestación de IT desde el día de su baja médica. El Juzgado de lo Social y el Tribunal Superior de Justicia reconocieron el derecho a la prestación desde el día de la baja médica, por considerar que se trata de un accidente de trabajo por lo que no se exige tener período de carencia alguno y, por tanto, las cotizaciones satisfechas con posterioridad al hecho causante operan para cumplir el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, por lo que debe entenderse que la trabajadora estaba en alta y al corriente en el momento de acaecer el accidente de trabajo del que deriva el subsidio cuyo abono solicita.

RESUMEN: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina y condena en costas a la Mutua recurrente. En cuanto al fondo, el TS considera que el problema planteado ya ha sido resuelto

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

con anterioridad por el propio TS en varias sentencias entre los años 2004 y 2006, en el sentido que invoca la recurrente. Sentencias todas ellas que, sin embargo, recuerda el TS, se dictaron conforme a la normativa vigente en la fecha del hecho causante que, efectivamente, no contemplaba el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas adeudadas respecto a la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos. Advierte el TS que se ha producido un cambio normativo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 52/2003 que modificó la redacción de la Disposición Adicional Trigésimo Novena de la LGSS. Además, como consecuencia de esta previsión y en su desarrollo reglamentario, estableció de forma expresa el mecanismo de la invitación al pago de las cuotas no satisfechas, coherentemente con la LGSS, ya que la DA 39ª contempla la invitación al pago sin excepción alguna. Para el TS el hecho de que la trabajadora hiciera el ingreso de las cuotas pendientes en vía de apremio, aun después de la fecha del hecho causante, equivale a tal invitación, por lo que considera que se hallaba en situación de al corriente.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTOS CRÍTICOS SOBRE LA VIRTUALIDAD DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA CAUSAR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA SITUACIÓN DE “AL CORRIENTE” EN EL RETA
3. LA INVITACIÓN AL PAGO EN EL RETA Y LA COMPRA DE PRESTACIONES
4. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE LA INVITACIÓN AL PAGO

1. PLANTEAMIENTOS CRÍTICOS SOBRE LA VIRTUALIDAD DE LOS REQUISITOS GENERALES PARA CAUSAR PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El significado de la evolución normativa y jurisprudencial en relación con los requisitos generales para causar derecho a prestaciones puede aprehenderse de forma más profunda si recordamos alguno de los presupuestos teóricos que definen la naturaleza misma de la relación jurídica de Seguridad Social.

La relación entre el sujeto protegido y la Seguridad Social es una relación obligacional, aun compleja en su estructura, de naturaleza jurídica claramente pública, que nace *ex lege*, es decir, por voluntad legal, en los supuestos contemplados en la ley y al margen o con independencia de la voluntad de los sujetos privados.

Sin embargo, ello no ha impedido que una buena parte de nuestra doctrina y jurisprudencia consideren que los actos de inmatriculación –inscripción, afiliación, altas y bajas– vendrían a tener un valor constitutivo, cuando los mismos han de ser considerados, en cuanto requisitos, sólo a los efectos del

nacimiento del derecho a la prestación y de responsabilidad en orden a prestaciones, sin que de ellos se derive necesariamente la constitución o no de la relación de Seguridad Social. Y es que el sujeto protegido tiene una posición jurídica activa que le reconoce la Ley independientemente de los actos de inmatriculación y la cotización previa, que, no obstante, es evidente que tienen un valor instrumental fundamental para la organización de la protección social.

Esta afirmación, admitiremos que no del todo pacífica en nuestra doctrina, se sustenta en el análisis jurídico positivo a través de instituciones jurídicas ya clásicas o tradicionales que, lejos de retroceder, experimentan una progresiva expansión. Nos referimos a todas aquéllas que, de una manera u otra vienen a restar valor a la exigencia de los requisitos generales para causar derecho a prestaciones de la Seguridad Social, que, como establece el artículo 124 LGSS son, además de los particulares de cada prestación –entre los que aparece generalmente la de “estar al corriente”, por lo que indirectamente también éste es un requisito general o generalizado– el de “estar afiliadas y en alta... o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”. En efecto, además de las situaciones asimiladas a alta –auténtica ficción jurídica que se extiende cada vez a mas situaciones–, la figura del alta presunta o alta de pleno derecho, la automatización de las prestaciones y la autonomía de la relación de cotización respecto de la relación de prestación o de los actos de inmatriculación, ponen de manifiesto que es la voluntad legal de proteger e incluir en su ámbito de protección a determinados sujetos y situaciones de necesidad lo que determina el nacimiento de derechos.

Y esta evolución normativa, tiene su reflejo en una línea jurisprudencial que apuesta por una interpretación flexibilizadora de tales requisitos, que se “obvian” –a través de excepciones o ficciones jurídicas– con tal de que el Sistema alcance y proteja situaciones de necesidad reales y previstas en la norma y que afectan a sujetos que la Ley ha incluido dentro del ámbito subjetivo de la Seguridad Social. Esto es especialmente visible en el Régimen General de la Seguridad Social, en contraste con la normativa y la interpretación jurisprudencial del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), en que la coincidencia en estos trabajadores entre la condición de sujeto obligado –a la inscripción, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos y obligado también a la cotización– y la condición de sujeto beneficiario de las prestaciones ha determinado un mayor rigor, que responde en el fondo a una relativa concepción culpabilizadora –ya que el autónomo sería el sujeto responsable y a la vez beneficiario– que se sustentaría además en la necesidad de impedir la denominada “compra” de pensiones, tratando así de marcar las fronteras entre la Seguridad Social y el seguro privado, por más que alguno de los requisitos generalizados –como la exigencia de períodos previos de cotización–

nos aproxime a esquemas más propios del seguro que de un sistema de protección social público, que debiera primar la situación de necesidad sobre el esfuerzo contributivo –lógicamente sin desconocer éste–.

Alguno de los preceptos de la LGSS así como la jurisprudencia en la materia ponen en cuestión el valor absoluto o constitutivo que los requisitos generales tendrían según el tenor literal del art. 124 LGSS, al menos en relación con el RGSS. Sin entrar ahora en la abundante jurisprudencia al respecto, simplemente mencionaremos aquí algunas de las previsiones legales que vienen a poner de manifiesto la pérdida de sentido del precepto legal en cuestión, al menos en su actual redacción, y, más allá de ello, la necesidad de reafirmar la naturaleza pública de la relación de seguridad social y de las prestaciones de la Seguridad Social, frente a la técnica del seguro privado. Estas serían algunas de las previsiones en la LGSS referidas al Régimen General de la Seguridad Social y que apuntan en esta dirección:

- relativización del requisito del alta en las pensiones contributivas de jubilación y de invalidez (respectivamente, artículos 161.3 y 138.3, ambos de la LGSS)
- no exigencia de períodos previos de cotización o carencia en el caso de los accidentes sean comunes o profesionales y de enfermedades profesionales (art. 124.4 LGSS)
- la consideración como período cotizado de períodos en que efectivamente no hubo cotización (dos primeros años del período de excedencia de los trabajadores por cuidado de hijos menores o familiares, ex artículo 180.2 LGSS, sobre prestaciones familiares)
- atenuación de la exigencia de períodos de cotización en un tramo temporal determinado, retrotrayéndolos a fechas en que hubo obligación de cotizar (art. 210.1 en la prestación por desempleo)
- automaticidad de prestaciones (art. 126.3 LGSS)

Estos son solo algunos ejemplos que vienen a poner de manifiesto que el reconocimiento del derecho a una prestación deriva directamente de la ley y no está determinado en última instancia por el comportamiento previo de un sujeto privado –sea el del que solicita una prestación, sea el del sujeto obligado a tal comportamiento–, porque realmente no se trata de un régimen contractual y, como ha señalado reiteradamente el TC, ni siquiera el hecho de haber cotizado genera un derecho subjetivo a prestación. Todo ello, se entiende, sin dejar de reconocer el valor instrumental de los actos de inmatriculación y que la cotización previa pueda ser exigida y que, además, incida cualitativa y cuantitativamente en cuantía y duración de la prestación, pues la proporcionalidad también forma parte de los principios inspiradores del régimen de las prestaciones de la Seguridad Social.

2. LA SITUACIÓN DE “AL CORRIENTE” EN EL RETA

En el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos la relación jurídica de seguridad social se articula de un modo similar al del Régimen General, de tal modo que la organización de la acción protectora se basa igualmente en relaciones instrumentales (actos de inmatriculación y cotización).

La tendencia a la aproximación al RGSS es incuestionable. Así, los actos de encuadramiento, inicialmente regulados por el Capítulo III del Decreto 2.530/1970 y el Capítulo II de la OM de 24 de septiembre de 1970, están regulados por el RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Reglamento, que derogó expresamente dichos capítulos, regulando estos actos con carácter general para todo el sistema de Seguridad Social, sin perjuicio establecer también las particularidades de cada Régimen, siendo clara la voluntad legal de racionalizar a través de reglamentos generales el complejo y disperso sistema normativo de la Seguridad Social.

En lo que se refiere a la cotización, la característica más propia del RETA en comparación con el RGSS es el valor que se da a la autonomía privada de la voluntad del trabajador. En otros términos, la diferencia está en la mayor relevancia del elemento voluntario, impropio de una relación obligacional, como decíamos, de naturaleza pública. En efecto, el trabajador cotiza por la actividad que elige cuando se da de alta (en el supuesto de que desarrolle varias actividades que den lugar a la inclusión en el RETA), elige la base por la que prefiere cotizar, pudiendo cambiar anualmente la base de cotización, eligiendo otra, dentro de las bases máximas y mínimas. Voluntariedad que se extiende a la acción protectora en cuanto también ha de elegir la protección por incapacidad transitoria (Mutua o INSS) y la cobertura de los riesgos profesionales es voluntaria. A ello se ha de añadir el régimen de cotización privilegiado que se viene impulsando como medida de fomento del autoempleo, concretamente –Disposición Adicional 35ª LGSS– se establece una reducción de las bases de cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el RETA y también una exoneración de cuotas a los trabajadores por cuenta propia con sesenta y cinco o más años –DA 32ª–.

Las peculiaridades no se limitan al régimen de la cotización sino que se manifiestan incluso en materia de recaudación cuando el trabajador autónomo se encuentra en situación de incapacidad transitoria, ya que se contempla una regla especial para la obtención de aplazamientos y fraccionamiento en el pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social devengadas durante dicha situación cuando, además de estar al corriente en el pago de las cotizaciones en la fecha de la solicitud, hayan acreditado ante la TGSS el cese en la actividad y cierre de negocio.

Es este elemento contractual, más propio del seguro privado que de la Seguridad Social, el que ha determinado un mayor rigor legal y jurisprudencial a la hora de valorar la concurrencia de los requisitos exigidos para causar derecho a prestaciones.

Refiriéndonos ahora a la Incapacidad Temporal, se exige, además de los requisitos generales de afiliación y alta o situación asimilada, el cese en la actividad determinante de la baja en el RETA –que genera una situación asimilada a la de alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja (art. 69 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, en adelante ORETA, y artículo 36.1.15 del Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, en adelante RGI)– y estar al corriente en el pago de cuotas.

Conviene tener en cuenta, ya que es el tema que centrará nuestra atención, que el pago extemporáneo de las mismas en el RETA a efectos de acreditar el requisito de estar al corriente, se admite en el RETA cuando ya se ha cubierto el período de carencia exigido para causar derecho a la prestación sin necesidad de computar dichas cuotas extemporáneas (período de carencia no exigido, en el caso de la Sentencia que aquí analizamos, por tratarse de un accidente de trabajo). Y así lo ha considerado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 24 de enero de 1994 y de 25 de junio de 1996, pese a la condena del Tribunal Constitucional a lo que se conoce como “compra de pensiones” (STC 73/1988). Sin embargo, pese a la tendencia jurisprudencial del momento, favorable al reconocimiento de validez a las cotizaciones extemporáneas –incluso referidas a períodos anteriores a la formalización del alta, reuniendo los requisitos para estar incluidos en el RETA– a partir de de 1 de enero de 1994, tras la modificación de la Disposición Adicional 9º de la LGSS –nuevo párrafo tercero añadido por la Disp. Adic. 2º de la Ley 66/1997–, la validez de las cotizaciones extemporáneas quedó limitada a los supuestos en que las altas se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994.

La relevancia que la autonomía privada de la voluntad tiene en el RETA ha sido hasta fechas recientes especialmente acusada en la prestación de incapacidad temporal. En efecto, aunque tal y como se desprende de lo establecido en la Disposición Adicional 11ª LGSS, la cobertura de la incapacidad temporal sigue siendo voluntaria, pudiendo el trabajador optar por su cobertura o excluirla, la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, ha dado pasos importantes hacia la obligatoriedad de su inclusión (art. 26 y disposiciones adicionales 3ª y 5ª), al menos en lo que se refiere a la IT por contingencias comunes, si bien se mantienen notables excepciones. En el caso de las contingencias profesionales –disposición adicional 3ª Ley 20/2007– la obligatoriedad o no dependerá con carácter general del índice de siniestralidad

del sector, mientras que para los autónomos económicamente dependientes será en todo obligatoria la cobertura de las contingencias profesionales, a los que, además, será de aplicación el concepto de accidente de trabajo propio de los trabajadores por cuenta ajena.

Por tanto, se constata una evolución clara en doble sentido, de una parte, se va ampliando el ámbito objetivo de cobertura del RETA acercándose al nivel del RGSS y, de otra, se va limitando la autonomía privada de la voluntad, la cual también se ve limitada en la tradicional opción entre formalizar la cobertura de dicha prestación con la entidad gestora –el INSS– o con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, ya que las solicitudes de cobertura a partir de 1 de enero de 2008 deberán formalizarse con una mutua. Como si de alguna manera la progresión hacia la convergencia con el RGSS se condicionara a la penetración de más elementos obligatorios propios de la técnica de la Seguridad Social, dejando atrás la impronta del seguro privada tan presente en el RETA. Y si algo se ha evidenciado es que la libre opción (la autonomía privada), se había traducido en la escasa protección de esta contingencia voluntaria para los autónomos, de la misma manera que hoy la cobertura de la IT por contingencias profesionales ha tenido un bajo impacto mas allá de los supuestos en que la ley lo ha introducido de forma obligatoria.

Sin embargo, la mayor presencia de elementos obligatorios en el RETA y, en ese sentido, la aproximación al RGSS, no determina por si misma la aplicación de los mecanismos propios de este último Régimen en orden a garantizar el derecho a prestaciones en el caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Y es que, desde nuestro punto de vista, subsiste la diferencia fundamental de uno y otro Régimen y es que en el RETA siempre coincide en el mismo sujeto la condición de incumplidor de sus obligaciones y de sujeto en situación de necesidad protegida que solicita prestaciones de la Seguridad Social, lo que explica, por ejemplo, la no aplicación de la figura del recargo de prestaciones prevista en el artículo 123 de la LGSS de clara impronta sancionadora.

Este elemento diferencial y el hecho de que no sean extrapolables sin más los mecanismos flexibilizadores de los requisitos generales para causar derecho a prestaciones del RGSS al RETA (por ejemplo, se excluye el alta presunta), no significa que éste último no cuente con otras figuras o instituciones jurídicas a tal efecto. De hecho en relación con la exigencia de estar al corriente del pago de las cuotas, que es la cuestión que nos ocupa, entra en juego el mecanismo de la “invitación al pago” siempre que se tenga cubierto el período mínimo de cotización exigible”.

3. LA INVITACIÓN AL PAGO EN EL RETA Y LA COMPRA DE PRESTACIONES

El RD 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos –RD/RETA– regula en su artículo 28 las condiciones del derecho a las prestaciones. Tal y como se ha adelantado, a estos trabajadores se les exige que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o situaciones asimiladas al alta en la fecha en que se entienda causada la prestación, y, además, *“Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones... que se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación”* (apartado 2º).

Una simple lectura del precepto hasta ese punto parece conferir a este requisito un mayor rigor que en el RGSS, que ni siquiera se menciona de forma expresa en el artículo 124 LGSS (es un requisito implícito). Sin embargo, a continuación el precepto establece que *“No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada al prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas”*. El precepto no se queda ahí sino que establece también las consecuencias de que se realice o no el pago en dicho plazo, en el siguiente párrafo que establece lo siguiente:

“Si el interesado, atendiendo a la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo se concederá la prestación menos un 20 por 100 si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas”.

Las notas definitorias de la invitación al pago serían las siguientes:

- es una obligación de la entidad gestora
- opera sobre el presupuesto de que se cumplan los períodos de carencia exigidos en cada caso
- tiene una duración de 30 días para generar plenos efectos “eximentes” de la situación de al corriente
- más allá de dicho plazo produce efectos favorables al derecho a la prestación de forma parcial

La invitación al pago es una obligación que corresponde a la entidad gestora y cuya virtualidad es que cuando se cause una prestación para la que se reúnen todos los requisitos y especialmente el período de carencia exigido (período mínimo de cotización previa), excepto la situación de “al corriente”, el sujeto protegido pueda ponerse al corriente en el plazo improrrogable de treinta días naturales y así causar derecho a la prestación de que se trate. Ciertamente, aunque hay matices de diferencia, se trata de un mecanismo próximo a la compra de prestaciones –*qui pro quo*, si paga cuotas hay prestación–, lo cual es contrario a toda lógica de un sistema de Seguridad Social. La diferencia, decíamos de matiz, radica en que no se trata de pagar lo necesario para reunir el período de carencia, sino, todo lo contrario, partiendo de que éste se ha cumplido debidamente, se flexibiliza la situación de al corriente permitiendo el acceso a la protección si el trabajador se pone al día de sus pagos con la entidad gestora.

Esa diferencia es la que impide hablar propiamente de “compra de pensiones” y entendemos es una técnica incluso coherente con un sistema de Seguridad Social, no un seguro privado, que ha de primar su función última, la protección de determinadas situaciones de necesidad. Sin embargo esta explicación no es válida cuando se trata de contingencias profesionales, ya que en estos casos las prestaciones nacen sin necesidad de período de carencia cumplido, por lo que técnicamente sí habría “compra de pensión”, lo que es criticable e insalvable en un régimen público de Seguridad Social.

Sin perjuicio de estas consideraciones críticas, la invitación al pago tiene además efectos positivos para el sistema de protección social pública. Por un lado, porque no le es ajena una cierta lógica recaudatoria que es buena para la salud financiera de este Régimen Especial, pero también para la de todo el sistema y es aprovechar la actualización de una situación de necesidad sobre un sujeto protegido que reúne todos los requisitos para causar derecho a la prestación, y que normalmente ha cumplido sus obligaciones, para que se ponga al día con la entidad gestora.

Pero, de otro lado, en un Régimen como el RETA, donde la incapacidad temporal ha oscilado entre la voluntariedad y la obligatoriedad –y aun hoy se mantienen espacios de voluntariedad especialmente para las contingencias profesionales– la supresión de un mecanismo como la invitación al pago tendría un efecto fuertemente desincentivador, pues un descubierto ocasional supondría la denegación de la prestación. Y es que mientras no exista un Régimen único, lo que hoy por hoy es una meta lejana, no parece acertada una transposición sin más de la lógica de un Régimen a otro, cada uno cuenta con mecanismos propios que buscan un equilibrio entre rigidez y flexibilidad y esto es lo que pretende la invitación al pago.

La LGSS, de forma paralela a la evolución de los cambios del régimen de la incapacidad temporal en el RETA, había previsto la no aplicación a estas

prestaciones del mecanismo de la invitación al pago. No obstante, la Disposición Adicional Trigésima novena de la LGSS, relativa al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas a efectos de prestaciones, en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, establece la aplicación del mecanismo de la invitación al pago, sin excepcionar ninguna prestación. Esta disposición fue introducida por el artículo 20 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre y entró en vigor el 1 de enero de 2004.

4. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE LA INVITACIÓN AL PAGO

El TS había resuelto en sentido negativo sobre la aplicación del mecanismo de la invitación al pago respecto de la prestación de incapacidad temporal hasta fechas relativamente recientes (SSTS de 26-3-2004, 30-09-2004, 24-1-2006 y de 23-5-2006), criterio que contradice la Sentencia de 10 de febrero de 2009. El giro jurisprudencial obedece no a un cambio de planteamiento, sino normativo; cambio importante pero que apenas fue destacado en su día por pasar desapercibido. En efecto, las sentencias dictadas hasta ese momento enjuiciaron los distintos supuestos conforme a la normativa vigente en la fecha del hecho causante que, en aquellos momentos no contemplaba la invitación al pago respecto de las cuotas adeudadas cuando se trataba de la prestación de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos.

El cambio en cuestión se produjo por la Ley 52/2003, que modificó la Disposición Adicional Trigésima novena de la LGSS. Por si el mandato legal ofreciese alguna duda, el RD1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, establece en el artículo 5 –cuya rúbrica es *Condiciones de acceso a las prestaciones*–, lo siguiente:

“Será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que... se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. De no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 28 del RD 2530/1970...”

Sin que ni dicho precepto ni tampoco el artículo siguiente, el 6, relativo al subsidio por incapacidad temporal contemple ningún tipo de peculiaridad ni restricción sobre la aplicación de la invitación al pago en relación con la incapacidad temporal.

Y esta es precisamente la argumentación del TS, en su Sentencia de 10 de febrero de 2009, en su fundamento jurídico tercero, donde tras referirse al cambio legal, señala que la Disposición Adicional Trigésimo Novena de la LGSS se refiere “*a todas las prestaciones sin excepción*”. Esta doctrina parece sencilla e intachable, sin embargo hay un elemento más al que el TS no da la suficiente relevancia, nos referimos a que en realidad lo que hace el TS es equiparar la invitación al pago con el ingreso en la vía de apremio en fecha posterior al hecho causante (el ingreso se realizó el 23 de junio de 2005 y el accidente de produjo el 23 de marzo de 2005, es decir tres meses más tarde).

La sentencia ahora comentada no incide, desde nuestro punto de vista, en este aspecto tan importante y es que la entidad gestora, que es una Mutua y no el INSS, no procedió a la invitación al pago –supuestamente por considerar que de la incapacidad temporal se excluye de este mecanismo–, pese a lo cual éste (el pago) se produjo por parte del trabajador. Y es que quizá el aspecto más delicado del régimen de la invitación al pago sea precisamente el determinar si es una potestad de la entidad gestora o una obligación, lo que es especialmente problemático cuando el pago de la prestación corresponde a una mutua. Desde nuestro punto de vista, de la redacción de lo dispuesto tanto en la LGSS, como en el RD/RETA y el RD/1273/2003, no cabe duda de que la entidad gestora está obligada a conceder esa especie de plazo de gracia de 30 días a los trabajadores. Por ello se considera que ante el incumplimiento –o inactividad– por parte de la mutua de esta obligación legal de invitación al pago, no se pueden derivar perjuicios al trabajador autónomo, que podrá realizar el pago de las cuotas atrasadas. Ahora bien, en estos casos, entendemos el trabajador que ingresa extemporáneamente las cuotas no puede hacerlo en cualquier momento, es decir, se habría de aplicar un límite temporal análogo al previsto para la invitación al pago, es decir de treinta días, siendo problemático determinar desde qué fecha.

Y esto es lo realmente criticable de la Sentencia aquí analizada, el que haya “despachado” de forma tan simple como es la existencia de un cambio normativo, lo que en si es evidente e indiscutible, un tema que en realidad es mucho más complejo y que late tras el cambio normativo. El problema de fondo que el TS ha obviado y que, además se ha planteado abiertamente por el trabajador, tal y como se desprende del relato de los antecedentes de hecho del propio TS –problema que, además, explicaría cierta judicialización del tema– es que cuando son las mutuas las que gestionan en la mayor parte de los casos las prestaciones de IT, la norma no contempla qué sucede cuando esta no procede a la invitación al pago –invitación que el INSS como práctica general sí había venido haciendo con normalidad–. No es que se quiera acusar a las mutuas de celo excesivo en la tutela de la eficiencia económica, pero lo cierto es que si depende sólo de una de las partes el juego de la invitación al pago (las mutuas), es lógico que éstas hagan un cálculo o valoración sobre el diferencial entre el

coste previsible de la IT y la cuantía adeudada en concepto de cuotas que, además, en ningún caso renunciarían a recaudar.

Con estas líneas simplemente se ha esbozado un problema que la gestión de la IT por las mutuas en el RETA puede seguir planteando (la obligatoriedad de cursar dicha invitación) y que una simple especificación legal o reglamentaria sobre el régimen de la invitación al pago solucionaría.

**JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA DEL PERSONAL
ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de Julio de 2009

JUAN IGNACIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ-MORALEDA*

SUPUESTO DE HECHO: La representación letrada de un trabajador –enfermero– que ostenta la condición de personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud (SAS en adelante), interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con motivo de la denegación del acceso a la situación de jubilación parcial anticipada. Situación que llegó a ser reconocida en la Instancia de conformidad con lo establecido en situaciones comparables por otros Tribunales Superiores de Justicia.

Los hechos que dieron lugar a las actuaciones ponen también de manifiesto la predisposición del Servicio Público a la articulación de un nombramiento a tiempo parcial –como personal eventual, en condición de relevista– y del pase a esa misma condición del trabajador causante.

RESUMEN: La Sentencia (dictada en Sala General, RCUd nº 3044/2008) deniega el acceso a la jubilación parcial al personal estatutario de los servicios de salud, en tanto no se lleve a cabo el oportuno desarrollo reglamentario de los preceptos legales que reconocen dicho derecho (art. 166.4 de la LGSS en relación con el art. 26.4 de la 55/2003 de 16 de Diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario), y a que las CCAA establezcan un plan de recursos humanos al respecto. Por considerar insuficiente, y no aplicable, el conjunto de normas genéricas establecidas en el Real Decreto 1132/02, de 31 de Octubre, en relación con el artículo 166.4 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre la necesidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad de relevo, previsto en el art. 12.6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante).

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Hay que indicar no obstante que la Sentencia, si bien unifica doctrina resolviendo una cuestión que se venía planteando con cierta asiduidad en las distintas salas de lo social de los TSJs con resultados dispares, muestra esa misma disparidad de criterios a nivel interno, tal como manifiesta su prolijo voto particular al que se adhieren varios Magistrados. Voto que encuentra su fundamento, en esencia, en dos tipos de consideraciones: 1) el Estatuto Marco del Personal Sanitario aprobado en el año 2003, reconoce de forma plena al personal estatutario de la sanidad pública su derecho a la jubilación parcial, sin que deba entenderse que obliga a las distintas CCAA a establecer plan alguno de recursos humanos; 2) Denegar el derecho al acceso a la jubilación parcial a un amplio colectivo encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), como es el del personal estatutario de la sanidad pública, supone vulnerar el principio de igualdad entre los trabajadores establecido en la Constitución Española, al permitirse a la mayoría de los trabajadores encuadrados en el RGSS acceder a esta figura jurídica, frente a este otro amplio colectivo que estando igualmente encuadrado en el RGSS, no tendría este acceso a la jubilación parcial anticipada.

ÍNDICE

1. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO: BREVE INTRODUCCIÓN Y ÚLTIMA JURISPRUDENCIA
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA STS DE 22 DE JULIO DE 2009
3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE UN SÓLIDO VOTO DISCREPANTE
4. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA

1. LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO: BREVE INTRODUCCIÓN Y ÚLTIMA JURISPRUDENCIA

El legislador estableció y reguló en su momento, la posibilidad de acceso a la jubilación parcial como medida de fomento del empleo, regulación legal que nació en una situación de crisis económica que condicionaba las distintas medidas tendentes al fomento del empleo. La jubilación parcial y anticipada viene regulada específicamente en el art. 166.2 (redacción dada por el art. 4.1 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social) en relación con el art. 12.6 y 7 del ET (la Disposición Adicional 29ª sobre “contratos a tiempo parcial y contratos de relevo” de la Ley 40/07 antes citada modificó la redacción del art. 12.6 e introdujo el art. 12.7 del ET), pretendiéndose con las citadas figuras jurídicas en materia de jubilación y contratación, el

otorgar mayor flexibilidad al acceso a la pensión de jubilación y perseguir la promoción del empleo mediante la exigencia de un contrato de relevo que facilite el acceso al mercado de trabajo.

Por tanto, en este primer punto objeto de breve estudio referente a la jubilación parcial como medida de fomento del empleo, nos vamos a referir únicamente a la jubilación parcial y anticipada que va acompañada de contrato de relevo (art. 166.2 de la LGSS), sin que entremos a valorar y dejemos para un futuro estudio o comentario, la jubilación parcial de los mayores de 65 años que, pudiendo ir acompañado de contrato de relevo, no exige la simultánea celebración del mismo (art. 166.1 de la LGSS).

Efectivamente, la jubilación anticipada y parcial es aquella iniciada después del cumplimiento de los 60 años e inferior a 65 años, que se simultanea con un contrato de trabajo a tiempo parcial, vinculado a un contrato de relevo y que para acceder a la misma es necesario reunir una serie de requisitos, cuales son:

1. Tener una edad inferior a 65 años, así como cumplidos la edad de 61 o 60 años, en caso de tratarse de trabajadores que hubieren estado afiliados al antiguo Mutualismo Laboral, debiendo tenerse en cuenta que la exigencia legal de los 61 años se aplicará de forma gradual, en función de los años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre acaecida el 1 de Enero de 2008 (Disposición Transitoria 17^a. 1 de la LGSS).
2. Acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de al menos 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, debiendo entenderse que se computará la antigüedad acreditada en empresas del mismo grupo, así como la acreditada en la empresa anterior si hubiere mediado una sucesión de empresa en los términos del art. 44 del ET según la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 12/2001 de 9 de Julio.

Respecto a esta premisa, señalar que el INSS, a fin de reconocer el derecho a jubilarse de modo anticipado y parcial, sólo valorará y tendrá en cuenta los periodos efectivamente cotizados y los que debieren computarse como cotizados, pero no aquellos en los que estando el trabajador de alta no se hubiere cotizado por la empresa, sin perjuicio de que por el trabajador se pueda exigir en vía administrativa o judicial, las oportunas responsabilidades al empresario infractor.

Igualmente y respecto a este segundo requisito, señalar que el periodo de antigüedad de 6 años que se exige al trabajador a jubilar parcialmente, deben ser 6 años consecutivos, sin interrupción alguna, a tiempo completo y en caso de pluriempleo debiendo cumplirse el citado requisito de antigüedad en el conjunto de empresas.

En los supuestos de sucesión de empresas, en aplicación del art. 127 de la LGSS, la empresa adquirente debe responder solidariamente con la anterior de las responsabilidades empresariales que se pudieren derivar de una jubilación parcial irregular, tal y como se señala en la Sentencia nº 1268/09 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009. En ésta sentencia, se analiza el art. 127 de la LGSS, siendo indiscutible que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responde solidariamente con el anterior o sus coherederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión. Igualmente, analiza otro punto que conlleva la responsabilidad solidaria por incumplimiento normativa que comentaré más adelante, cual es que el trabajador a jubilar y el relevista pertenecen a grupos y categorías profesionales distintas, vulnerando el art. 12 del ET y el art. 166 de la LGSS.

3. La reducción de jornada de trabajo debe estar comprendida entre un mínimo de un 25 % y un 75 %, o un 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado mediante un contrato de duración indefinida, acreditando los requisitos del art. 166.2.b) y d) de la LGSS.

Manifiestar que el trabajador que quiere acceder a la jubilación parcial, debe ser un trabajador con contrato a tiempo completo, denegándose el acceso a dicha prestación a aquel trabajador a jubilar que tuviera un contrato a tiempo parcial. El art. 4.2 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, establece que para acceder al derecho de la pensión de jubilación parcial, es requisito que el solicitante se encuentre en alta y trabajando a tiempo completo. En este sentido ya se han manifestado algunos TSJs, así a título de ejemplo señalar la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 16 de Junio de 2009 dictada en el Recurso de Suplicación nº 856/09.

En los supuestos de pluriempleo, los citados límites de reducción de jornada deben cumplirse por cada empresa, así como en el resultado global final.

4. Se debe acreditar un periodo previo de cotización de 30 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extras.
5. Que el contrato de relevo que se establezca como consecuencia de la jubilación parcial, tenga como mínimo una duración igual al tiempo que reste al trabajador sustituido y jubilado parcialmente, para alcanzar la edad de 65 años.

Conforme al art. 16.b) del RD 1132/02, la jubilación parcial se extinguiría por la extinción del contrato de relevo a tiempo parcial, salvo cuando se tenga

derecho a la prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, siendo curiosa la interpretación que lleva a cabo la Sala de lo Social del TSJ de Murcia en la Sentencia nº 853/09 de 19/10/09, al señalar la obligación de mantener la pensión de jubilación parcial en caso de extinción del contrato a tiempo parcial por despido improcedente reconocido por la empresa, sin que se entre a valorar posibles responsabilidades. Entiendo que, siendo evidente el derecho del trabajador jubilado a mantener su pensión de jubilación parcial, también entiendo que se debería haber decretado la responsabilidad empresarial sobre la misma y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria con obligación de anticipo del INSS, al haberse extinguido el contrato a tiempo parcial que generaba y daba validez al primero, pues lo contrario supondría una vía o posibilidad abierta a la empresa para amortizar, al menos parcialmente, puestos de trabajo al jubilar parcialmente a un trabajador, y tras contratar al relevista, despedir al mismo reconociendo la improcedencia del despido.

En diversas Sentencias de TSJs se establece la responsabilidad empresarial por el importe de la prestación por jubilación parcial recibida por el trabajador, durante el periodo en el que no existió contrato de relevo alguno, pese a que por la empresa se hubiere acreditado su voluntad de realizar dicha contratación y se llevase a cabo, pero existiendo un periodo de vacío contractual (Sentencia nº 1136/09 del TSJ del País Vasco de 23 de Junio de 2009), o por el importe del capital coste de la diferencia de Base Reguladora de la pensión del jubilado, cuando la empresa después de despedir al relevista, lo readmita en el mismo puesto de trabajo y condiciones por ser el despido declarado nulo, quedando un periodo de vacío sin relevista contratado (Sentencia nº 206/09 de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra de 4 de Septiembre de 2009).

6. En los supuestos en que debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pudiera ser el mismo o similar al que vaya a desarrollar el relevista, deberá al menos haber una correspondencia entre las bases de cotización de ambos trabajadores, sin que la base de cotización del relevista pueda ser inferior al 65 % de la base de cotización que venía manteniendo el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Este requerimiento legal ya ha sido objeto de estudio por parte de nuestros tribunales, con una doctrina ya abundante en lo que se refiere al puesto de trabajo igual o similar. En caso de que el trabajador jubilado parcialmente y el relevista, sin tener el mismo puesto de trabajo, tengan uno del mismo grupo profesional o de categoría equivalente, nada impide el acudir a estas figuras jurídicas pudiendo llevarse a cabo el contrato de relevo y la jubilación parcial. Por contra, cuando ambos trabajadores no tengan el mismo puesto de trabajo o

similar, y además sus puestos de trabajo sean de distinto grupo o categoría profesional, no se podrá acudir a estas figuras jurídicas, denegándose el acceso a la jubilación parcial, y por añadidura, el contrato de relevo. Este criterio es el mantenido por la Sentencia nº 1268/09 de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009.

Este criterio se deduce no sólo del art. 166.2.e) de la LGSS, sino que también se llega a ella a través de una interpretación lógica y gramatical del art. 12.7.d) del ET (redacción dada por la Disposición Adicional 29ª.1 de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre que modificó el art. 12.6 del ET e introdujo el apartado 7). Las referencias al grupo profesional o a la categoría profesional, deben entenderse conforme a las definiciones del art. 22 del ET, cuyo apartado 2 define al grupo profesional como “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. A su vez, el art. 22.3 del ET respecto a la categoría profesional, indica textualmente que “se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación”.

Al hilo de todo lo señalado y junto a la Sentencia antes señalada de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de Abril de 2009, también se puede llegar a la misma conclusión llevando a cabo una interpretación *sensu contrario* de la última doctrina de otros TSJs, dado que nada impide el acceso a la jubilación parcial anticipada junto a la formalización de un contrato de relevo, si el puesto de trabajo del relevista es el mismo o uno similar, entendiéndose por tal el que conlleve el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Por contra, si no se diese dicho condicionante y no pertenecieran al mismo grupo profesional y tuvieren distinta categoría profesional, no se permitirá el acceso a la jubilación parcial por parte de la administración competente (Sentencia nº 986/08 del TSJ de Cantabria de 18 de Noviembre de 2008, Sentencia nº 689/09 del TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de Febrero de 2009, Sentencia nº 9527/08 de Cataluña de 18 de Diciembre de 2008, entre otras).

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2009

La Sentencia dictada por la Sala IV del Tribunal Supremo (Sala General) de 22 de Julio de 2009, nace con cierta polémica, no por no ser correcta, sino

por dictarse sobre un asunto de gran controversia y división entre las distintas Salas de lo Social de los TSJs con sentencias de resultado y criterios dispares, así como entre la propia doctrina. Ello se verifica desde el momento en que frente a la decisión mayoritaria adoptada por la sala y apoyada por el Ministerio Fiscal en su escrito solicitando la desestimación del recurso, se alza un sólido voto particular mantenido y redactado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhirieron otros tres Magistrados del Tribunal Supremo.

La citada sentencia que ahora comentamos, deniega el acceso a la jubilación parcial al personal estatutario de los distintos servicios públicos de salud de las CCAA, si bien, este asunto iba referido al personal estatutario del SAS. La misma deniega en el momento actual el acceso a la referida prestación, y lo condiciona de futuro señalando la necesidad del oportuno desarrollo del reglamento que les concede dicho derecho (art. 166.4 de la LGSS en relación con el art. 26.4 de la Ley 55/03), y a que las CCAA establezcan un plan de recursos humanos al respecto, por considerar que la modalidad de jubilación parcial sólo está claramente prevista para los trabajadores por cuenta ajena afectos a la aplicación del ET, y no para los funcionarios públicos ni para el personal estatutario de la sanidad pública por ser esta última una relación jurídica de naturaleza cuasi-funcionarial.

Recordar que la gran mayoría de las solicitudes de prestación de jubilación anticipada que se produjeron en cascada por parte del personal estatutario de los distintos servicios públicos de salud, fueron anteriores a la promulgación de la Ley 40/07, de 4 de Diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, así como a su entrada en vigor el 1 de Enero de 2008 (Disposición Final 6ª). Debido a ciertas lagunas en la regulación de la materia, y al estar reconocido el derecho al acceso a la jubilación parcial en el art. 166 de la LGSS y en el art. 26 de la Ley 55/03, por muchos de los Juzgados de lo Social se dictaron sentencias estimatorias de las demandas, sentencias que si bien fueron recurridas en suplicación por el INSS, muchas de ellas fueron confirmadas por las Salas de lo Social de distintos TSJs.

Son estas diversas sentencias que condenan a la administración y reconocen al personal estatutario de la sanidad pública el acceso a la jubilación parcial, las que provocan una modificación legal que clarifica parcialmente la situación “a posteriori” al exigir de modo expreso el desarrollo reglamentario que antes se exigía, al menos tácitamente. La Ley 40/07 de 4 de Diciembre (BOE de 5 de Diciembre) contiene una norma taxativa al respecto cual es la Disposición Adicional 7ª que establece textualmente que “en el plazo de un año, el gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubila-

ción,(...). En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que es de aplicación la Ley 55/03 de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (...). Dicha norma surge a fin de intentar contener el problema generado antes de la Ley 40/07, con el acceso del personal estatutario de la sanidad pública a la jubilación anticipada, como se diría coloquialmente, poner la venda después de producida la herida.

La razón principal esgrimida en la STS de 22 de Julio de 2009, para denegar el acceso a la prestación de jubilación parcial al personal estatutario de la sanidad pública viene a ser el afirmar que la jubilación parcial prevista en el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03) está pendiente de desarrollo reglamentario, así como que el SAS no puede realizar contratos de relevo al amparo del art. 12.6 del ET, corroborado todo ello “a posteriori” con la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 nombrada anteriormente. Parte la Sentencia del TS de un criterio gramático y no integrador, al señalar que cuando el art. 166 de la LGSS y los arts. 1 y 10 del RD 1131/02 se refieren al “trabajador por cuenta ajena”, dicha dicción solo cabe atribuirle a aquellos que de modo voluntario y retribuido, prestan sus servicios al empresario bajo el poder de dirección y sancionador de éste. Ciertamente, dichos caracteres también se encuentran en la relación estatutaria, señalando la sentencia que pese a ello, cuando el legislador remitió a través del art. 166 de la LGSS al art. 12.6 del ET, dejaba claro que su voluntad al regular esta figura jurídica era la de referirse únicamente a los trabajadores que prestaban servicios dentro del ámbito de aplicación del ET, yendo más allá al señalar que determinados colectivos como funcionarios públicos y el personal al servicio del Estado, Corporaciones Locales y Entidades Públicas Autónomas quedaban excluidos del mismo (art. 1.3.a) del ET), lo que conllevaría también excluir a un colectivo como el personal estatutario que tiene una relación cuasi-funcionarial.

De fondo, el problema que subyace en la cuestión litigiosa es el de la naturaleza jurídica de la relación de servicios que une a la sanidad pública con su personal estatutario. Si dicha prestación la entendiésemos como laboral a todos los efectos, y los trabajadores estuvieren sometidos al ET, evidentemente tendrían derecho a acceder a la jubilación parcial si cumplieren los requisitos de acceso a dicha prestación. Por contra, si la naturaleza de dicha relación fuera funcionarial o cuasifuncionarial, no tendrían tal posibilidad, al estar vedada dicha modalidad de jubilación a los funcionarios públicos.

Sobre este particular, señalar que si bien la sentencia objeto de estudio no hace alusión al art. 1 de la Ley 55/03 de 16 de Diciembre, dicho artículo normativo es de importancia al entrar a valorar el tipo de relación jurídica que une al personal estatutario de la sanidad pública con la administración sanitaria, calificándose el mismo como “funcionarial especial”.

La consecuencia de ello es que cuando el art. 166.2 de la LGSS remite al art. 12.6 del ET (debemos entender también al art. 12.7 del ET sobre contrato de relevo, tras las modificaciones operadas por la Ley 40/07 de 4 de Diciembre) se está refiriendo a los trabajadores por cuenta ajena sometidos al ET que ya tiene desarrollada la normativa aplicable a la jubilación parcial.

Por contra, cuando el art. 166.4 de la LGSS viene de modo expreso, a indicar la necesidad de un desarrollo reglamentario de la jubilación parcial, entiende la Sala que se está refiriendo a otros colectivos a los que no es de aplicación el ET por estar excluidos de modo expreso por el art. 1.3.a) del ET, y que por tanto, está su normativa aún carente de dicho desarrollo reglamentario, siendo el caso de los funcionarios públicos y personal estatutario de la sanidad pública entre otros. Ello lo corrobora la redacción de la muy discutida Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre. Un argumento, que si puede tener algo de peso por criterios puramente comparativos y de técnica legislativa, es que el propio legislador en la Disposición Adicional 8ª.4 de la LGSS reconoce el derecho al acceso a la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, pero también condicionándolo al desarrollo reglamentario pertinente.

En definitiva, por la Sala IV del TS se estima que, cuando el art. 26.4 de la Ley 55/03 de 16 de Diciembre del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, señala el acceso del personal estatutario a la jubilación parcial si reúnen los requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social y la necesidad de que por las CCAA se establezca un plan de ordenación de recursos humanos con mecanismos que permitan el acceso a la jubilación, se está abriendo una vía a ésta posibilidad de jubilación pero no de modo directo e inmediato, sino previo desarrollo reglamentario. Similar al personal estatutario de la sanidad pública, sería el caso de los funcionarios públicos conforme a la Disposición Adicional 6ª de la Ley 7/07 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que prevé el estudio de los distintos regímenes de acceso a la jubilación, total o parcial, de los funcionarios públicos con recomendaciones que impidan la discriminación entre colectivos de similares características. La Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, viene a corroborar y confirmar la necesidad de ese desarrollo reglamentario, si bien lo hace de modo totalmente extemporáneo, cuando la litigiosidad sobre esta prestación ya se había disparado ante la poca claridad y la confusión de la normativa farragosa y dispersa sobre la materia.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE UN SÓLIDO VOTO DISCREPANTE

Frente a la posición mayoritaria de la Sala IV del TS (Sala General) se alza un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina al que se adhieren otros tres Magistrados. En el citado voto particular se disiente de la posición mayoritaria de la Sala, entendiéndose que se debió estimar el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el trabajador demandante (personal estatutario del SAS) por ser más conforme a derecho la sentencia de contraste utilizada en el recurso.

Dicha sentencia de contraste es la de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias con sede en Tenerife de fecha 10 de Marzo de 2006 (rollo 879/05), la cual fue la primigenia en los asuntos referentes a la jubilación parcial del personal estatutario de la sanidad pública. En dicha sentencia se consideraba y reconocía el derecho de acceso a dicha prestación, por entender que el art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03), sin necesidad de desarrollo reglamentario, se remitía directamente a los requisitos de acceso establecidos en la normativa de Seguridad Social.

El voto particular que analizamos, parte de una breve evolución histórica de la normativa legal sobre la jubilación parcial, y en la que la conclusión es que la intención del legislador nunca fue exigir para el personal estatutario de la sanidad pública el mentado desarrollo legislativo, sino todo lo contrario, flexibilizar las condiciones de acceso a dicha prestación en condiciones de paridad frente al resto de trabajadores por cuenta ajena. Dicha evolución histórica, arranca con la modificación del art. 12.6 del ET operada por el art. 1 de la Ley 12/2001 de 9 de Julio, continua con la redacción dada por el art. 34 de la Ley 24/2001 de 27 de Diciembre al art. 166 de la LGSS en la que se introdujo el apartado 4, y termina con el art. 10 del RD 1132/2002 de 31 de Octubre que reconoce el derecho de acceso a la jubilación parcial a todos los trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Entre ellos se encuentra incluido el personal estatutario de la sanidad pública.

De modo brillante y lógico, se relaciona la normativa aplicable sobre la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena con la Ley 55/2003 de 16 de Diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. En el mismo, en su art. 26.4 de modo tajante se establece que “podrá optar a la jubilación, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de la Seguridad Social”, sin que se condicione su aplicabilidad y eficacia a ningún desarrollo normativo, siendo evidente que estamos ante una norma de rango legal ulterior al RD 1132/2002.

El espíritu de la Ley 55/2003 y su aplicabilidad y eficacia directa son evidentes, según el voto particular, si relaciones y conectamos el art. 26.4 con el resto de su articulado. El art. 60 establece la posibilidad de nombramientos con dedicación parcial del personal estatutario bajo los términos del art. 12.6 del ET; y el art. 77.4 señala el régimen de incompatibilidades del personal estatutario que se jubile parcialmente, norma que también concuerda con el art. 12.6 del ET. Ello evidencia, según el voto particular analizado, la voluntad del legislador en la aplicabilidad directa e inmediata de la Ley 55/2003, sin sometimiento a ningún tipo de condicionante ni obligatoriedad de desarrollo reglamentario alguno.

Idea fundamental que se manifiesta en el voto particular, es la no aplicabilidad de la Ley 40/2007 de 4 de Diciembre, al supuesto enjuiciado dado que es posterior al hecho causante, entrando en vigor dicha norma el 1 de enero de 2008, mientras que el Estatuto Marco entró en vigor el 18 de Diciembre de 2003, y por tanto, aplicar la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007 de 4 de Diciembre supondría vulnerar los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las leyes. Se añade aún más dado que, reconociéndose una hipotética aplicabilidad, las consecuencias deberían seguir siendo las mismas, es decir, el reconocimiento al trabajador de su derecho al acceso a la jubilación parcial condicionado al cumplimiento de los requisitos legales.

Manifestar y aclarar sobre este punto que la redacción dada a la Sentencia del TS de 22 de Julio de 2009 por el Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López y al que se adhirieron el resto de Magistrados salvo los que mostraron su discrepancia, no consideró de aplicación la Ley 40/2007, si bien fue objeto de mención, pues la sala para desestimar el recurso del trabajador se basó en diversos criterios con el debido apoyo normativo e intentó argumentar la voluntad del legislador “a priori” con la normativa vigente hasta entonces, e hizo ver dicha voluntad “a posteriori” con la aprobación de la Ley 40/2007, ley que venía a resolver un problema, donde para el voto discrepante no existía dicho problema.

El último argumento que se mantiene en el voto discrepante para entender que se debió reconocer al recurrente su derecho de acceso a la jubilación parcial, es, junto a la posible vulneración del principio de seguridad jurídica y de irretroactividad de las leyes, la infracción del principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución Española. Se argumenta dicho criterio, en que a “todos” los trabajadores encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social se les reconoce el acceso a la prestación de jubilación anticipada y parcial si cumplen los requisitos legalmente establecidos en la normativa de Seguridad Social, mientras que el adoptar una solución negativa al reconocimiento de este derecho al personal estatutario de la sanidad pública vulneraría el principio de igualdad, dado que también son trabajadores por cuenta ajena y

también se hallan encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social. Por ello, se entiende que adoptar una solución diferente en esta cuestión, para el personal laboral y para el personal estatutario, haría muy difícil encontrar razonamientos objetivos que justificasen una diferencia o desigualdad de trato.

4. CONCLUSIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA

La comentada sentencia lleva a cabo un razonamiento con una solución equilibrada al problema planteado, aunque no al gusto de todos. La cuestión, de gran trascendencia, no era de fácil solución, ante la maraña legal que se entremezclaba, al confluir normativa referente al derecho de acceso a la jubilación parcial de los trabajadores por cuenta ajena del RGSS (entre los que se incluyen el personal estatutario de la sanidad pública), con la normativa propia del citado personal estatutario. Incluso se podría pensar, en que para adoptar la decisión a la que se llegó, pudo pesar una idea de corte economicista ante la incipiente situación de crisis económica general y en especial del sistema productivo, como si el reconocimiento del derecho de acceso a la jubilación parcial del personal estatutario de la sanidad pública pudiera hacer peligrar la “saneada” situación económica en la que se encontraban las cuentas de la Seguridad Social, mas por incrementarse el número de pensionistas con la carga económica equivalente, que por disminuir los ingresos a cuenta de las cotizaciones que no deberían resentirse, ya que al jubilado parcial le sustituiría otro trabajador en el porcentaje de jornada dejada vacante.

Decimos que la sentencia plantea una solución que puede calificarse como equilibrada por razones diversas. Una de ellas sería que, pese a denegar el acceso a la jubilación anticipada y parcial al personal estatutario de la sanidad pública, la sentencia no resuelve el problema de fondo e implícitamente viene a reconocer este derecho del colectivo antes citado, pero condicionado al desarrollo reglamentario reiteradamente repetido. Consecuentemente, lo que viene a ser una resolución judicial denegatoria de un derecho, se podría utilizar como ariete frente al poder legislativo y ejecutivo a fin de que con brevedad se resuelva el problema de fondo y se lleven a cabo las reformas legales y administrativas pertinentes que permitan el acceso a esta prestación a un colectivo que legalmente aparenta tener dicho derecho.

Ese “equilibrio” se reflejaría en el hecho de que se da la razón a la Administración de la Seguridad Social confirmando como correcta y ajustada a derecho su actuación, pero obliga al indicado desarrollo legislativo y reglamentario en un breve plazo. Por contra, para la representación de los trabajadores del colectivo del personal estatutario considerado globalmente, la sentencia se podría tomar como una victoria, si bien pírrica, ya que la sentencia

no les da la razón legal, pero sí una razón moral que obliga a mover ficha a la administración por las razones antes indicadas. Ello puede significar un cierto contrasentido, pero obedece a una realidad o costumbre social muy arraigada en nuestro país, cual es que la interpretación de la solución dada por un tercero a una controversia, confrontación o enfrentamiento, va a ser siempre para los implicados positiva, llegándose a la idea de que nadie pierde y todos ganan.

La consecuencia inmediata de la presente cuestión fue la aprobación de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre, que obliga al gobierno a presentar en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación parcial, tanto del personal estatutario, como del resto de empleados públicos, incluido de las FFAA. Dicha Ley 40/07, surge a raíz de la vorágine judicial iniciada en el ámbito de los distintos Tribunales Superiores de Justicia al enjuiciar la materia con resultados y criterios dispares. En cualquier caso, la Ley 40/07, pese a ser continuamente nombrada tanto en la Sentencia como en el voto particular, señalar que no era de aplicación, pues siendo de fecha y entrada en vigor (1/1/08) anterior a la fecha de la sentencia, era posterior a la fecha del hecho causante de la jubilación parcial y anticipada objeto de enjuiciamiento.

La sentencia, si bien antes señalábamos que podría ser equilibrada para la administración afectada y para la representación del colectivo global del personal estatutario, desde luego no es equilibrada para los trabajadores directamente afectados. Decimos trabajadores en plural, pues está sentencia no sólo afecta al trabajador personal estatutario que llevó el litigio hasta el Tribunal Supremo, sino que también afecta al resto de trabajadores de este colectivo cuyas demandas aún se encuentran en fase de resolución judicial, ya sea en los Juzgados de lo Social, en los distintos Tribunales Superiores de Justicia pendientes de resolver los pertinentes recursos de suplicación, o en el propio Tribunal Supremo. En estos casos que aún penden de resolución judicial, bien se producirán desistimientos de la acción por los trabajadores, o en su caso, se esperarán las pertinentes sentencias con un resultado, seguramente desestimatorio de sus pretensiones ante la doctrina creada por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada. Pero vamos más allá, dado que la sentencia va a afectar a aquellos trabajadores del colectivo estudiado, que teniendo una edad avanzada, tenían la expectativa de derecho de poder jubilarse anticipadamente, expectativa que no van a poder consolidar al tener que esperar al obligado desarrollo reglamentario impuesto por la sentencia del TS y por la disposición Adicional 7ª de la Ley 40/2007, con la consecuencia inmediata de llegar a la edad reglamentaria de jubilación (65 años).

Desde un punto de vista crítico, entiendo que la Sentencia del Tribunal Supremo debió ser estimatoria del recurso y reconocer el derecho de acceso a la jubilación anticipada y parcial que se solicitaba, por las razones que paso a enumerar:

1ª.- Entiendo que la normativa legal vigente a la fecha del hecho causante en la jubilación parcial y anticipada del trabajador demandante, permitía el acceso del mismo a la misma. El art. 26.4 del Estatuto Marco (Ley 55/03) ya establecía y reconocía el citado derecho, sin condicionarlo a desarrollo legislativo o reglamentario alguno, salvo el cumplimiento de los requisitos pertinentes establecidos en la normativa de Seguridad Social.

Tampoco se puede denegar el acceso a la jubilación parcial acudiendo al citado art. 26.4 “in fine” del Estatuto Marco, cuando se señala en el citado texto legal que se podrán establecer mecanismos de acceso del personal estatutario a esta jubilación como consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos. El citado artículo no condiciona el acceso a la jubilación a la existencia de dicho plan, sino que dicho derecho es autónomo y no queda supeditado a dicho plan, más aún cuando éste no es obligatorio, sino meramente potestativo dado que el art. 26.4 “in fine” lo antecede con la palabra “podrá”. Consecuentemente, entiendo que se tiene el derecho de acceso a esta prestación, sin perjuicio de que luego la administración sanitaria pueda o no fijar un plan de ordenación de recursos humanos.

Las distintas sentencias, tanto de TSJs como la ahora comentada del TS, que han venido denegando este derecho se han limitado a interpretar el art. 26.4 de la Ley 55/03, pero sin llevar a cabo una interpretación global e integradora del resto del articulado del Estatuto Marco, en el que se da por hecho la posibilidad de acceso a la jubilación parcial por ser la norma de aplicación directa, al señalar la posibilidad de nombramientos con dedicación parcial (art. 60 del Estatuto Marco en relación al art. 12.6 del ET), así como el régimen de incompatibilidades que operará en caso de jubilación parcial del referido personal (art. 70 del Estatuto Marco).

Corroboraba lo indicado el hecho de que en todos los procedimientos surgidos sobre la cuestión objeto de comentario, la administración sanitaria tenía ya resuelto el problema del contrato de relevo, dado que junto al expediente administrativo del trabajador a jubilar parcialmente, se acompaña el contrato de relevo o interinidad con el trabajador sustituto, trabajador que no era innominado sino un trabajador ya concreto con la expectativa fundada de sustituir parcialmente al trabajador a jubilar. A fin de solventar el requisito referente al contrato de relevo, la administración sanitaria ha venido aplicando el art. 9.3.c) del Estatuto Marco que va referido a los nombramientos temporales para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Este hecho se observa en la STS objeto de comentario, al señalar que ya había una trabajadora relevista procedente de la bolsa de contratación provincial e inscrita como demandante de empleo y, acordándose que realizaría el porcentaje de jornada laboral dejada vacante por el trabajador a jubilar.

Por tanto, el problema del contrato del relevista, cualquiera que fuera su denominación (relevo o interinidad), era un problema ya resuelto por la empleadora, es decir, por la administración sanitaria (art. 9.3.c del Estatuto Marco).

2ª.- Igualmente, la resolución judicial comentada es discutible por razones de justicia material. El personal estatutario de la sanidad pública está incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, siendo también trabajadores por cuenta ajena sometidos en este caso a una administración pública como empleadora. Ello conlleva que se convierte en sujeto obligado al pago de las cotizaciones de Seguridad Social, debiendo soportar que por el empleador se le retenga la cuota obrera, junto a otras posibles obligaciones. Significa que contribuye al sostenimiento económico del sistema, al igual que el resto de los trabajadores del Régimen General, y en condiciones de igualdad dado que los tipos de cotización que soportan, para todas las contingencias, son los mismos que los del resto de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

Si el personal estatutario soporta las mismas obligaciones que el resto de trabajadores por cuenta ajena, es lógico que genere también los mismos derechos. No es razonable que la gran mayoría de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General accedan a todas las prestaciones admitidas por el sistema, y un colectivo que contribuye con sus cotizaciones al sostenimiento del mismo y que también está encuadrado en el Régimen General, tenga por contra, vedado el acceso a alguna o algunas prestaciones, sin que ello conlleve minoración alguna de la cotización.

Siguiendo con dicho argumento, la decisión adoptada podría vulnerar el principio de igualdad entre el colectivo de trabajadores encuadrados en el Régimen General, dado que frente a similares obligaciones económicas para con el sistema de todos ellos, se obtiene un nivel de protección divergente o desigual según se pertenezca o no a determinado colectivo encuadrado en el mencionado régimen.

Concluir señalando, que tras la sentencia comentada, lo lógico sería que en un plazo breve de tiempo se dé cumplimiento a la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07, ya no sólo para que se elabore el correspondiente estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos (incluido el personal estatutario de la sanidad pública), sino para que se lleve a cabo el desarrollo legal y/o reglamentario que permita a los mismos acceder a la prestación de jubilación anticipada y parcial de modo mas o menos inmediato, por tres razones fundamentales, entre otras muchas que podría haber:

- A) Por un criterio de seguridad jurídica, que deshaga la confusión o maraña legal que rige la materia, evitando la confusión entre los colectivos afectados, de modo que estos puedan conocer perfectamente

cuales son sus derechos respecto a la jubilación parcial; y respecto a los operadores del mundo del derecho, dado que el desarrollo y clarificación de la cuestión evitará resoluciones judiciales divergentes sobre un mismo problema, como ha venido ocurriendo hasta ahora.

- B) Por un criterio de igualdad, que permita a todos los trabajadores por cuenta ajena (independientemente que lo sean de una empresa privada, pública o de una administración), acceder a esta prestación en condiciones de absoluta igualdad, así como de proporcionalidad conforme a las cotizaciones efectuadas durante su vida laboral.
- C) Por un criterio de pura equidad, que permita resolver la situación de aquellos trabajadores por cuenta ajena (no sólo los pertenecientes al colectivo del personal estatutario, sino también aquellos otros que tienen vedada esta prestación) de edad avanzada que se encuentran en una situación de indefinición, por cuanto tenían una expectativa de derecho a jubilarse anticipada y parcialmente, expectativa truncada por la sentencia del TS de 22 de Julio de 2009.

Al indicar o señalar a otros colectivos que tienen vedada esta prestación, nos estamos refiriendo fundamentalmente, al de los funcionarios públicos, que se encuentran en una situación similar a la del personal estatutario, y que igualmente a estos, tienen reconocido el derecho a la jubilación anticipada y parcial en el art. 67 en relación con la Disposición Adicional 6ª del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007 de 12 de Abril), ya condicionado por la Disposición Adicional 7ª de la Ley 40/07 de 4 de Diciembre. Sólo mencionamos y no nos extendemos en este colectivo, pues sería un tema complejo que necesitaría un estudio o comentario individualizado y más que extenso.

Dicha situación de indefinición se podría ver solucionada con una rápida respuesta legal al problema mediante el citado desarrollo legal y/o legislativo, que les permita acceder a la jubilación parcial.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Pablo de Olavide

DESPIDO Y PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO

STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 25 de febrero de 2009

FERNANDO ELORZA GUERRERO¹

SUPUESTO DE HECHO: Trabajadora de empresa de productos lácteos, integrante de un grupo empresarial, es despedida por amortización de puesto de trabajo (art. 52 c ET), alegándose razones de organización productiva de la fábrica en la que trabaja, vinculadas directamente al sobrecoste que el transporte de la producción de batidos hasta un centro logístico de dicha empresa tras la caída de forma significativa de la demanda de dicho producto, por lo que la empresa plantea concentrar la producción en el centro mencionado.

Inicialmente, la empresa ofreció a los trabajadores mayores de 55 años bajas incentivadas, si bien, al no aceptar ninguno de los contactados, la dirección decidió despedir a nueve trabajadores con antigüedad inferior a los cinco años. En concreto, se procedió un trabajador varón perteneciente a la línea de batidos, seis trabajadoras adscritas a la línea de leche y dos trabajadoras más de la línea de batidos, si bien en este último caso una de las afectadas es la trabajadora demandante.

La empresa cuenta con tres líneas de producción: a) envasado de leche UHT (veintiún trabajadores); b) leche en polvo y granulada (seis trabajadores); c) batidos (nueve trabajadores, siete varones y dos mujeres). Los puestos de trabajo son polivalentes, por lo que la empresa ocasionalmente rotaba a los trabajadores entre las distintas líneas de producción.

Antes de proceder a los despidos referidos, la empresa contaba con 81 trabajadores, de los cuales 57 eran hombres, y 24 mujeres. Tras las rescisiones de contratos y despidos mencionados la situación de plantilla arroja el siguiente balance: 70 trabajadores, de los cuales 55 son hombres y 15 mujeres.

¹ Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En el período de tiempo existente ente las conversaciones mantenidas por la trabajadora despedida y la remisión por la empresa de la carta de despido, un sindicato ha remitido comunicación a la empresa de que aquélla ha sido elegida en asamblea delegada sindical.

RESUMEN

La sentencia del TSJ falló la nulidad del despido de la trabajadora al apreciar discriminación indirecta por razón de sexo, con los siguientes argumentos:

1. La prohibición de discriminación implica un juicio de irrazonabilidad de la diferencia de trato, que “impone como fin y generalmente como medio la parificación”.
2. Cuando se invoca una discriminación indirecta no hay que aportar la existencia de un trato más beneficioso atribuido únicamente a los varones, sino que basta una norma o una aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres.
3. Aportado por la trabajadora un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, recae en la empresa demandada la carga de la prueba consistente en acreditar que la desproporción existente en la salida de la empresa, entre hombres y mujeres, obedece a un criterio razonable y justificado, lo que no se consigue en el presente caso.
4. Los datos numéricos de la conformación de la plantilla no permiten inferir que los hombres han sido recolocados en otras secciones de producción, procedentes de la extinta, porque en los mismos concurrían especiales circunstancias de mérito, formación o capacitación; o que se hubiera ofrecido otros puestos en el proceso de recolocación a las mujeres y éstas las hubieran rechazado. El criterio de la mayor antigüedad de los hombres tampoco justifica la medida empresarial, pues precisamente lo acreditado es que las mujeres están presentes con una menor antigüedad por su escasa presencia en la empresa con anterioridad.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO EN LAS RELACIONES LABORALES
2. LOS ARGUMENTOS DE LA EMPRESA DEMANDADA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
3. CONCLUSIÓN

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO EN LAS RELACIONES LABORALES

Como resulta conocido, la incorporación al acervo jurídico europeo del concepto jurídico de la discriminación indirecta tiene su origen en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano que en 1971 formuló su conocida teoría sobre el *adverse impact* (discriminaciones por impacto adverso), y que posteriormente albergó a las prácticas que, formalmente neutras, en la práctica inciden de forma más desfavorable sobre los miembros de un grupo que sobre los de otro.

La puesta del acento en el efecto de las medidas adoptadas por la empresa, y la irrelevancia de la intencionalidad de la misma, constituye sin duda uno de los factores que internacionalmente identifican a la discriminación indirecta desde el punto de vista conceptual (Convenio 111 de la OIT y Convención de la ONU para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, de 1979), y que se ha subrayado desde el principio por nuestro TC, a falta de una definición legal de la misma, que en nuestro caso sólo ha llegado con la LOI. En ese sentido, lejana en el tiempo queda ya, pero siempre de necesaria invocación en nuestro ordenamiento jurídico, la STC 145/1991 que en su día señaló que la discriminación indirecta “incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de su diferencia de sexo”².

Se trata como se resaltó hace ya algún tiempo, de una suerte de discriminación “camuflada, disimulada o no ostensible”, en la que el “elemento colec-

² Como ha señalado algún estudioso del fenómeno, debe dejarse constancia de que con anterioridad al TC, el TS español utilizó el concepto discriminación indirecta, bien es verdad que no referido a la producida por discriminación indirecta (STS de 15 de julio de 1986). Asimismo, ha de recordarse que, en relación con esta materia asentada la jurisprudencia del TC al respecto el TS ha seguido con bastante fidelidad la doctrina al respecto. Buena prueba de ello es, por ejemplo, la STS (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000 en la que se afirma textualmente que “para determinar la existencia de discriminación en función del resultado no es necesario un tratamiento inicial diferenciado, ya que un tratamiento formalmente igual, neutro, puede resultar sin embargo ilegítimo porque sus efectos son perjudiciales para determinado colectivo” (Serra Cristóbal, R.: “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en Ridaura Martínez, M.F., y Aznar Gómez, M. (coords.): *Discriminación versus diferenciación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 370 y ss.)

tivo de la discriminación” cobra especial protagonismo, desde el punto y momento en que “lo que aquí cuenta no es que en un caso concreto el criterio aparentemente neutro de distinción perjudique a un individuo de cierta raza, sexo, etc., sino que en su aplicación ese criterio incida perjudicialmente en los individuos de esas características, y, por ello, en el grupo al que pertenezca ese individuo, habiéndose de considerar entonces a uno y otro como discriminados” por los “efectos desproporcionados que ese criterio aparentemente neutro tiene sobre los miembros de ese grupo”³.

Lógicamente, y desde una perspectiva general, puede decirse que a lo largo de estos años nuestros Tribunales –a falta de una acción legislativa más intensa, sólo producida fundamentalmente a partir de 2003– se han visto influenciados no sólo por la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano –clave sobre todo en los inicios de los desarrollos conceptuales europeos en esta materia–, sino sobre todo por la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –que ya en 1976, en la conocida Sentencia de 8 de abril (Asunto Defrenne II), consideró como atentatorias al principio comunitario de interdicción de discriminación entre hombres y mujeres ciertas conductas formalmente no discriminatorias–, pudiendo afirmarse que en este tiempo ha existido una evidente maduración en los postulados teóricos que dotan de contenido la doctrina de la discriminación indirecta en las relaciones laborales, lo que también ha tenido un reflejo posterior, de manera más o menos acompañada, en la legislación tanto comunitaria como nacional.

En nuestro ámbito jurídico que duda cabe que el referente, al margen de la doctrina del TC y de la recepción legal en fechas no muy lejanas en el ET (arts. 4.2 c) y 17.1) de la discriminación directa e indirecta –introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre–, lo constituye la previsión legislativa del art. 6.2 LOI, que por primera vez explicita en nuestro ordenamiento jurídico una definición legal de qué se entiende por discriminación indirecta por razón de sexo en los siguientes términos: “Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”⁴.

³ Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 16 –164.

⁴ Completada de forma un tanto innecesaria por lo poco que aporta por la previsión legal del apartado 3 del art. 6, en el que se establece que “en cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

En relación con lo dispuesto por la norma legal se ha señalado⁵ que la misma va más un poco más allá de la definición que nuestros Tribunales, sobre todo el TC, manejaban habitualmente, pues la LOI siguiendo literalmente lo dispuesto por el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE modificada por la Directiva 2002//3/CE– se refiere no sólo a toda disposición normativa, como potencial origen de la discriminación, sino también a todo “criterio” o “práctica” como factores relevantes en ese sentido. No obstante, entendemos que la previsión legal no constituye en si misma una gran novedad, pues de alguna forma los Tribunales españoles desde hace tiempo ya venía manejando una concepción amplia de los factores que podían originar discriminación indirecta –la citada STS (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000, por ejemplo, señalaba ya en su momento que el concepto de discriminación “pone el énfasis en el resultado de determinadas conductas, intencionadas o no, que sitúa o mantiene a determinados sujetos en una situación de inferioridad”–.

De la definición legal vigente varios son los aspectos a destacar:

- 1º En materia de discriminación indirecta por razón de sexo la comparación se ha de establecer entre grupos o colectivos –no entre individuos–, mayoritariamente, aunque no exclusivamente, integrados por miembros de un mismo sexo⁶.
- 2º Es posible que una disposición, criterio o práctica generen desventajas particulares para un determinado grupo o colectivo, y no por ello se aprecie la existencia de una discriminación indirecta en el sentido del art. 6.2 LOI. En este sentido, la norma legal referencia tres factores a valorar en toda situación potencialmente discriminatoria como son: a) la existencia de una posible “finalidad legítima”; b) la necesidad de los medidos empleados; c) su adecuación.

La invocación legal de estos tres factores ha llevado a algunos estudiosos⁷ a plantearse si este “juicio de proporcionalidad a medias”, donde lo que habría que practicar básicamente es un doble test de idoneidad y adecuación, no debería complementarse con la práctica de un “juicio de proporcionalidad en

⁵ Castro Argüelles, M.A. y Álvarez Alonso, D.: La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, Thomson–Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 80.

⁶ Como acertadamente han señalado, entre otros, Castro Argüelles, M.A. y Álvarez Alonso, D.: La igualdad efectiva ..., op. cit., p. 81.

⁷ De nuevo, Castro Argüelles, M.A. y Álvarez Alonso, D.: La igualdad efectiva ..., op. cit., p. 82.

sentido estricto”, que permita calibrar hasta qué punto es admisible que la legitimidad de la finalidad pretendida se imponga sobre el impacto producido sobre un grupo, por grande que pueda ser éste. Ciertamente, la definición legal, trasunto no lo olvidemos de la Directiva comunitaria 76/207/CEE modificada, deja un cierto margen de maniobra a la hora de proceder a la realización del correspondiente juicio de proporcionalidad, y en ese sentido que duda cabe que la actuación de los Tribunales, y la doctrina emanada de los mismos, está llamada a desempeñar un papel fundamental en la futura construcción del concepto de discriminación indirecta, en constante evolución por cierto⁸. De todas formas, no creemos que en el espíritu de la norma esté su posible utilización como una suerte de coarta para legitimar –en nombre de una hipotética finalidad legítima–, disposiciones, criterios o prácticas, con significativo impacto adverso –como se ha señalado en alguna ocasión⁹ conceptualmente no se puede si quiera establecer una graduación de la discriminación: “se ha discriminado, pero no demasiado”–.

Como es conocido, la jurisprudencia norteamericana suele otorgar un papel protagonista a las estadísticas a la hora de determinar el impacto adverso, en tanto los Tribunales británicos suelen confiar más en la valoración razonable y ponderada de la situación que se enfrente en cada caso¹⁰. En nuestro caso, la LOI no consagra la técnica estadística como factor clave, aunque tampoco la descarta, estableciendo una pauta flexible que entendemos útil para el desarrollo adecuado de la actividad del juzgador en estos casos, concretada en la regla de que el órgano judicial podrá, a instancia de parte, “recabar si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes” (art. 12.1), lo que deja la puerta abierta a la valoración en estos casos de distintos elementos probatorios, no necesariamente, o exclusivamente, estadísticos.

3º No debe olvidarse –y en este caso conectamos con la cuestión de la prueba de la discriminación desde una perspectiva procesal–, que para apreciar la discriminación indirecta la vigente legislación establece (art. 13.1 LOI) por un lado que las alegaciones de la parte demandante deben fundamentarse “en actuaciones discriminatorias por razón de sexo”, de forma que, argumentada la misma, la parte demandada deberá “probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”. En algún caso se ha entendido que,

⁸ Consúltese en ese sentido el interesante trabajo de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, TL, núm. 98, 2009, p. 11 y ss.

⁹ Fernández López, M.F.: La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género, La Ley, Madrid, 2008, p. 164.

¹⁰ Vid. Sáez Lara, C.: Mujeres y mercado de trabajo, CES, Madrid, 1994, p.118 y ss.

a la vista del tenor de la norma legal, habría que considerar que la mera alegación por la parte demandante de la discriminación por razón de sexo, obliga al demandado a probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su “proporcionalidad”¹¹ –cuestión ésta donde a la vista de lo comentado está una de las claves del concepto discriminación indirecta–. No es a nuestro juicio, sin embargo, ésta la interpretación a efectuar en relación con el precepto de la LOI mencionado, pues como ha señalado ya algún reputado especialista¹², lo que la norma parece exigir es que el/la demandante plantee una pretensión discriminatoria con una “mínima apariencia de buen derecho”, en cuanto que se introduzca “la duda de que el sexo haya sido el factor determinante del comportamiento que se impugna”, momento en el que la persona demandada deberá probar la ausencia de la mentada discriminación en la forma expuesta en el apartado anterior teniendo en cuenta el tenor del art. 6.2 LOI –aquél que define la discriminación indirecta y qué disposiciones, criterios o prácticas pueden considerarse justificadas objetivamente–.

2. LOS ARGUMENTOS DE LA EMPRESA DEMANDADA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Se ha señalado, y no sin razón, que la concreción de la actividad probatoria del demandado en los casos de discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito laboral, cuestión a la que se refiere el art. 13.1 LOI, constituye uno de los aspectos problemáticos de dicha norma. Precisamente, la Sentencia que es objeto de análisis resulta de interés por su carácter ejemplificativo, en una materia tan casuística como ésta, en relación con la forma en que una empresa demandada construye la argumentación que justificaría una decisión pretendidamente objetiva, y el tratamiento que dichos argumentos reciben por parte del Tribunal que entiende del recurso de suplicación. En definitiva, se trata de una Sentencia que suscita la reflexión sobre los aspectos que integran la prueba a desplegar por el empresario en este tipo de procesos y la opinión que generalmente suscita a nuestros Tribunales ciertas argumentaciones o potenciales pruebas aportadas de parte.

Podemos comenzar en ese sentido por reseñar que la argumentación de la empresa demandada en el presente recurso se construyó a partir de la exposi-

¹¹ De esta opinión es, por ejemplo, Gorelli Hernández, J.: “Novedades procesales en la Ley de Igualdad”, TL, núm. 91, 2007, p. 351.

¹² Fernández López, M.F.: La tutela laboral frente..., op. cit., p. 160.

ción de una relación de la evolución de la plantilla en la que se señalaba un “constante aumento de presencia de la mujer en detrimento de los hombres” en el centro de trabajo en el que tiene lugar los despidos. Este argumento, que podría considerarse como una prueba estadística, sin embargo es tratado con cautela por el Tribunal que entiende del recurso (F.J.1º), al considerar que nos encontramos, como resulta evidente por otra parte, ante una “documental elaborada por la propia parte recurrente” y que “carece de la citada naturaleza de fehaciente” como para justificar la revisión del relato fáctico de la Sentencia de instancia, y evidenciar el error del juzgador al considerar que la empresa demandada no ha justificado desde una perspectiva jurídica el despido impugnado. Por tanto, la estadística aportada y construida de parte no tiene eficacia probatoria en el presente caso. Es más, en algún momento el Tribunal afirma que “el texto propuesto, es irrelevante a la resolución del concurso, ya que, incluso, apoya aún más la decisión de la instancia”, pues la documentación aportada lo que evidencia es que, tras fracasar las conversaciones con los trabajadores de más antigüedad, se optó por despedir a los de menor antigüedad, colectivo donde las mujeres son mayoría frente a los hombres.

No se acepta la razón estadística, que en última instancia se vuelve incluso en contra de la argumentación de la empresa. Pero tampoco acepta el Tribunal Superior la supuesta razón objetiva, concretada en este caso en la evolución de las ventas. La razón en este caso es doble: se trata de un documento de propia parte –que no puede pretender ser fehaciente–, y, sobre todo, se trata de una razón que no acredita el que la decisión empresarial fue objetiva y apartada de todo propósito discriminatorio.

Subsidiariamente, la representación de la empresa plantea un interpretación errónea del art. 14 CE con relación al art. 55.5 ET y el art. 6.2 LOI., de manera que se pone el acento en que los puestos de trabajo de producción eran polivalentes, y que tras dialogar con los trabajadores mayores de 53 años y no llegar a acuerdo alguno en materia extintiva, se optó por buscar la “conveniencia con los trabajadores que puedan ser menos perjudicados en la decisión extintiva, acudiéndose, finalmente, a criterio de menor antigüedad”. A juicio de la empresa, la mera sospecha de trato discriminatorio no es suficiente, precisándose “indicios que revelen la intención de algo oculto, en concreto, la vulneración del derecho fundamental invocado”, lo que entiende que no se ha producido.

El Tribunal considera en relación con esta segunda argumentación, sin embargo, que la desproporción entre el dato numérico de hombres y mujeres que trabajan en la empresa, así como en la línea de producción (batidos) que se pretende suprimir, y el número de mujeres y hombres despedido, si algo pone de manifiesto es “una desproporción que es ya un

indicio”¹³, al que no obstan hechos como que en los últimos años la mujer se haya incorporado en mayor medida a la empresa, que la empresa esté cumpliendo un plan de igualdad, o que la medida se adoptara tras fracasar las negociaciones con los trabajadores mayores de 55 años. Aprecia por tanto una “manifiesta proporcionalidad inversa, en la afectación de extinción de contratos”, que en última instancia se constituye en “indicio racional de discriminación indirecta”, como no podía ser de otra manera a la vista de la doctrina del TC al respecto, invocada por el propio Tribunal Superior –caso de la STC 3/2007–, y que otorga relevancia al dato cuantitativo que supone la contabilización del número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo a diferencia de los varones (STC 109/1993; 3/2007).

No obstante lo señalado, en la fundamentación jurídica de la Sentencia (F.J. 2º) se realiza una reflexión sobre las obligaciones procesales de demandante y demandado en este tipo de procesos que entendemos de interés, y que nos suscita alguna reflexión sobre todo a partir de la consideración de preceptos como el art. 13 LOI y los arts. 96 y 179.2 LPL:

- a) En relación con el demandante el Tribunal Superior señala que quien “invoca la inversión de la carga de la prueba” está obligado a “desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación”, de tal manera que, siguiendo con ello la doctrina del TC (STC 114/1989; 85/1995), el órgano jurisdiccional advierte que un indicio “no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido”. Por tanto, se puede concluir en este punto que el Tribunal que entiende del recurso de suplicación no comparte la visión de quienes consideran que a día de hoy el art. 13.1 LOI respalda legalmente el que ante la mera alegación de discriminación por el demandante, el demandado esté obligado a probar la ausencia de discriminación.

¹³ En el F.J. 2º de la Sentencia se afirma de forma contundente que la exigencia de aportar un indicio en el presente caso se considera cumplida ante “la manifiesta desproporción de la decisión empresarial que afecta a ocho mujeres y un hombre, cuando la línea de producción que se cita en la carta, que funda el despido, es de dos mujeres (de las dos se extingue su contrato), y siete hombres (de los que se extingue el contrato de uno solo) (...) Junto con la también manifiesta desproporción del resto de plantilla, que antes y después de las extinciones contractuales acordadas, es también, de mayor predominio de varones sobre mujeres”.

- b) En cuanto a las obligaciones del demandado, el Tribunal establece una conexión directa entre el art. 13.1 LOI y los arts. 96 y 179.2 LPL, considerando que la obligación que establece el primer precepto de que la parte demandada deba “probar la ausencia de tal discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, supone la aplicación a la litis de las cargas probatorias –inversión de la carga de la prueba– establecidas por los mencionados preceptos de la LPL. En ese sentido, conviene advertir que lo que hace en este punto el órgano jurisdiccional es apostar por una línea continuista en el tratamiento de la cuestión de la prueba en los procesos por discriminación laboral, en línea con lo que es la doctrina del TC –STC 66/2002 con cita de la jurisprudencia anterior: “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales”–. Un planteamiento que por tanto obvia los problemas que plantean previsiones legales como las del art. 13 LOI cuando se afirma que constituye una obligación legal de la parte demandada no sólo probar la ausencia de discriminación, sino también su “proporcionalidad”.

En efecto, como recientemente se ha señalado¹⁴, “el control de proporcionalidad no es tanto del juicio de discriminación como del juicio de igualdad”, de tal forma que cuando “se habla de discriminación la cuestión es más bien de todo o nada: si la discriminación existe, no hay proporcionalidad posible, simplemente porque carece de justificación en todos sus extremos, afecte a una, dos o a todas las trabajadoras de la empresa”. En ese extremo, y como también señalamos en páginas anteriores, el tenor literal del art. 13.1 LOI plantea un problema aplicativo, que como hemos podido ver el Tribunal Superior de Justicia resuelve acogándose a la doctrina clásica del TC e ignorando cualquier consideración sobre la posible “proporcionalidad” de la medida empresarial.

3. CONCLUSIÓN

La presente Sentencia constituye un magnífico ejemplo de la forma en que nuestros Tribunales están interpretando el art. 13.1 LOI, en una actitud que podría calificarse como continuista, y de pleno respeto a lo que ha sido la

¹⁴ Fernández López, M.F.: La tutela laboral frente..., op. cit., p. 162 y ss., con cita amplia de doctrina del TC al respecto.

doctrina sobre todo del TC en la materia en los últimos años –aunque ésta también tenga sus oscilaciones–. Básicamente, el fallo del órgano jurisdiccional nos aporta dos enseñanzas:

- a) Pese al tenor del art. 13 LOI, la aportación de indicios de discriminación por la parte demandante no puede reducirse a una mera alegación de la vulneración de un derecho fundamental, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que la discriminación se haya podido producir.
- b) Pese a lo que dispone el mencionado art. 13.1 LOI en relación con la demostración de la proporcionalidad de la medida o actuación empresarial, el Tribunal Superior reafirma la vigencia de la clásica doctrina del TC al respecto: la parte demandada debe probar que su actuación obedece a circunstancias reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales.

Respecto a la cuestión señala en último término, no queremos finalizar este análisis sin llamar la atención del lector sobre la opinión negativa que para el TSJ merece, asimismo, la aportación de parte de estadísticas de personal o cifras relacionadas con las ventas o la situación del mercado. Como no podía ser menos, el órgano jurisdiccional muestra su reticencia a dar por fehaciente toda cifra o dato objetivo generado o elaborado por la parte demandada. Esta circunstancia en definitiva nos remite a la necesidad de tener en cuenta que la efectividad de estas pruebas aportadas en juicio pasa por la independencia o el interés ajeno al pleito del órgano que las elabora, de ahí la pertinencia de previsiones legales como las del art. 13.1 párrafo 2º LOI que establece que “el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.

Reseña de Legislación

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía*

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

DECRETO 322/2009, de 1 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007–2013 y se establece su composición, funciones y funcionamiento. (BOJA núm. 183 de 17 de septiembre)

El Estatuto de Autonomía para Andalucía (art. 169), encomienda a los poderes públicos la obligación poner en práctica políticas específicas que favorezcan la inserción laboral de personas con discapacidad, y de velar por el cumplimiento de las reservas a favor de este colectivo previstas en la legislación aplicable. Como es conocido, las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 63.1 Estatuto de Andalucía) y la integración social y laboral de las personas con discapacidad es un objetivo básico y principio rector de las políticas públicas autonómicas andaluzas (art. 10.3.16ª y 37.1.5ª Estatuto de Andalucía).

El Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía de febrero de 2007–2013, cuyo objetivo es la reducción de la desigualdad de oportunidades de este colectivo y su integración social, prevé la creación de una Comisión Permanente de Seguimiento, compromiso que ahora se materializa, mediante la creación de un órgano colegiado dependiente orgánicamente de la Consejería de Empleo (art. 1). La Presidencia de la comisión corresponde a la persona titular de la Consejería y la Vicepresidencia a la del SAE (arts. 3 y 4). Las vocalías, un total de 18, se distribuyen como sigue: 12 representantes de la administración, 2 representantes de los empresarios, 3 representantes sindicales (CC.OO., UGT y Comité español representantes de personas con discapacidad) y 1 representante de la FAMP (art. 5). La Comisión debe realizar el seguimiento del Plan y evaluar las medidas adoptadas en las correspondientes

*La selección se corresponde con el trimestre natural comprendido entre julio y septiembre de 2009, con la excepción del Decreto 362/2009, que se incorpora en este número por razón de su interés.

Áreas Sectoriales del Plan, y en virtud de los acuerdos que puedan suscribirse con entidades públicas o privadas en materia de integración laboral de las personas con discapacidad (art. 6). Anualmente, se publicará un informe sobre la aplicación del plan (art. 9); adicionalmente (art. 10), el Plan será evaluado a la mitad de su vigencia (evaluación intermedia 2010) y a la finalización de ésta (evaluación final 2013).

DECRETO 362/2009, de 27 de octubre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento. (BOJA núm. 220 de 11 de noviembre)

El art. 79.1 Estatuto de Autonomía para Andalucía, atribuye en exclusiva a la Comunidad Autónoma la competencia sobre el régimen jurídico de las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, con respeto a las condiciones básicas establecidas por el Estado para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho y la reserva de ley orgánica. El art. 20.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, establece que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituirán y regirán por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo, con las especialidades previstas en dicha Ley. El art. 20.3 Estatuto del Trabajo Autónomo impone a las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos la obligación de inscribirse y depositar sus estatutos, en el registro específico y diferenciado de otras organizaciones que a partir de la aprobación de la norma estatal deben establecer las Comunidades Autónomas.

En el ámbito andaluz se ha considerado que el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales es la institución idónea para adscribir este nuevo registro (art. único), teniendo en cuenta que este Consejo desde hace años, entre otras funciones, es responsable del registro de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales. El Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía es una herramienta fundamental para el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores autónomos y para el desarrollo de los derechos reconocidos por el Estatuto del Trabajo Autónomo. Será único para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, y en él deberán inscribirse las asociaciones constituidas en aplicación del Estatuto del Trabajo Autónomo, cuya actividad se desarrolle principalmente en dicho ámbito territorial (cuando más del 50% de sus asociados estén domiciliados en Andalucía, art.1.1 reglamento). También deben inscribirse las asociaciones constituidas con anterioridad a la publicación de este Decreto, que dispondrán de un plazo de seis meses para adaptar sus estatutos a las previsiones del Estatuto del Trabajo Autónomo y solicitar su inscripción (disp. trans. única). El registro se estructura en dos secciones, la primera agrupa a las Asociaciones de Trabajadores Autónomos, la segunda a las federaciones, confederaciones o uniones de éstas (art. 2.3 reglamento). Deben ser objeto de registro la constitución, la suspensión y la disolución de las asociaciones de trabajadores autónomos, sus estatutos y sucesivas modificaciones, las declaraciones judiciales que afecten actos inscritos y la concesión o revocación de la condición de utilidad pública de estas asociaciones (art. 6 reglamento). Para ello, las asociaciones de autónomos deberán facilitar al registro su NIF, domicilio social, la identidad de las personas que integran los órganos de gobierno y representación, apertura y

cierre de delegaciones o sedes y las impugnaciones de acuerdos de órganos de la entidad que afecten actos inscritos (art. 6.2 reglamento). En el caso de uniones, federaciones o confederaciones deben informarse de las asociaciones que las conforman. Las asociaciones declaradas de utilidad pública deben rendir sus cuentas anuales (art. 6.2 reglamento). Las inscripciones deben realizarse conforme al modelo legal, disponible en la web del CARL y en la Consejería de empleo (art. 8). La documentación que debe aportarse difiere en función del acto a inscribir: constitución de una asociación (art. 10); constitución de uniones, federaciones y confederaciones (art. 11); modificaciones estatutarias (art. 12); cambio de domicilio social, apertura o cierre de sedes (art. 13); disolución (art. 14). Todos los procedimientos podrán realizarse electrónicamente (arts. 20 a 23).

DECRETO 322/2009, de 1 de septiembre, por el que se crea la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013 y se establece su composición, funciones y funcionamiento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, «Los poderes públicos fomentarán el acceso al empleo de los jóvenes y orientarán sus políticas a la creación de empleo estable y de calidad para todos los andaluces y andaluzas. A tales efectos, establecerán políticas específicas de inserción laboral, formación y promoción profesional, estabilidad en el empleo y reducción de la precariedad laboral. Establecerán políticas específicas para la inserción laboral de personas con discapacidad, y velarán por el cumplimiento de las reservas previstas en la legislación aplicable. Diseñarán y establecerán políticas concretas para la inserción laboral de los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo, prestando especial atención a los colectivos en situación o riesgo de exclusión social». Asimismo, en base a lo establecido en el artículo 63.1 del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene atribuidas las competencias ejecutivas en materia de empleo y relaciones laborales.

Por otro lado, los artículos 10.3.16.^a y 37.1.5.^a del citado Estatuto de Autonomía recogen expresamente la integración social y laboral de las personas con discapacidad como objetivo básico y principio rector de las políticas públicas de la Comunidad Autónoma.

Con fecha 24 de febrero de 2006 fue publicado en el BOJA el Decreto 30/2006, de 7 de febrero, por el que se acuerda la elaboración del Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía. Dicho Plan pretende regular actuaciones dirigidas a corregir la desigualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y posibilitar su integración laboral. Como paso previo a la consecución del Plan, la Consejería de Empleo estableció mediante el referido Decreto la composición tanto de la Comisión Ejecutiva, como de la Comisión Técnica encargada de la elaboración del mismo.

Una vez tramitado el procedimiento de elaboración y cumplimentados los correspondientes trámites administrativos, por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 20 de

noviembre de 2007, se aprobó el Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007–2013, contemplándose, entre sus objetivos operativos y medidas por áreas, epígrafe 1.1.1.2, la creación de una Comisión Permanente de Seguimiento.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 1 de septiembre de 2009,

DISPONGO

Artículo 1. Objeto.

Mediante el presente Decreto se procede a la creación de la Comisión Permanente de Seguimiento del Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007/2013, en adelante Comisión, como órgano colegiado adscrito orgánicamente a la Consejería de Empleo, con la composición, competencias y régimen de funcionamiento que se establecen en los siguientes artículos.

1. La Comisión estará integrada por una Presidencia, una Vicepresidencia, 18 Vocalías y una Secretaría.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la composición de la Comisión deberá respetar una representación equilibrada de hombres y mujeres. No obstante, se excluirán del cómputo aquellos miembros que formen parte del órgano en función del cargo específico que desempeñen.

Artículo 3. Presidencia.

1. Ejercerá la Presidencia de la Comisión la persona titular de la Consejería de Empleo.

2. Son funciones de la Presidencia:

- a) Ejercer la representación y dirección de la Comisión.
- b) Fijar el orden del día, acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Comisión.
- c) Presidir las sesiones de la Comisión, moderar el desarrollo de los debates y velar por la ejecución de los acuerdos.
- d) Dirimir el resultado de las votaciones en caso de empate.
- e) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos de la Comisión.
- f) Poner los medios para desarrollar e impulsar las actividades que corresponden a la Comisión.
- g) Cumplir y hacer cumplir los acuerdos de la Comisión.

3. Corresponderá a la persona titular de la Vicepresidencia sustituir a la Presidencia en los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otras causas justificadas, ejerciendo las funciones atribuidas al mismo.

Artículo 4. Vicepresidencia.

1. Ejercerá la Vicepresidencia de la Comisión la persona titular de la Dirección–Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.

2. En los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otras causas justificadas, la Vicepresidencia designará, en función de la materia, a la persona titular de la correspondiente Dirección General del Servicio Andaluz de Empleo que le sustituirá.

Artículo 5. Vocalías y Secretaría.

1. Ocuparán las vocalías de la Comisión las siguientes personas:

a) Doce representantes de la Administración de la Junta de Andalucía. Estas vocalías serán ocupadas por las personas titulares de los siguientes Centros Directivos:

1. La Dirección General de Autónomos, Igualdad y Fomento del

Empleo del Servicio Andaluz de Empleo.

2. La Dirección General de Personas con Discapacidad, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

3. La Dirección General de Empleabilidad y Formación Profesional del Servicio Andaluz de Empleo.

4. La Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo.

5. La Dirección General de Seguridad y Salud Laboral de la Consejería de Empleo.

6. La Presidencia del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

7. La Dirección General de Economía Social y Emprendedores de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

8. La Dirección General de Universidades de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa.

9. La Dirección General de la Función Pública de la Consejería de Justicia y Administración Pública.

10. La Dirección General de Participación e Innovación Educativa de la Consejería de Educación.

11. La Dirección General de Formación Profesional y Educación Permanente de la Consejería de Educación.

12. La Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer.

- b) Dos representantes de la Confederación de Empresarios de Andalucía.
- c) Un representante de la Unión General de Trabajadores de Andalucía.
- d) Un representante de Comisiones Obreras de Andalucía.
- e) Un representante del Comité Español de Representantes de personas con discapacidad.
- f) Un representante de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias.

2. La persona titular de la Dirección General de Autónomos, Igualdad y Fomento del Empleo, además de su vocalía, asume la Secretaría de la Comisión.

3. Los nombramientos de las vocalías establecidas en el apartado 1.b), c), d), e) y f) lo serán por tiempo indefinido, siendo revocable su nombramiento en todo momento a instancia de la organización que la nombró.

4. Los miembros titulares de las vocalías de la Comisión, designarán una lista de suplentes, quienes por orden de nombramiento y para los casos de ausencia, enfermedad o cuando concorra alguna causa justificada, asumirán dichas vocalías.

Artículo 6. Fines y funciones.

1. La Comisión tendrá por finalidad la realización del seguimiento y la evaluación de las medidas diseñadas y desarrolladas en las correspondientes Áreas Sectoriales del Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad de Andalucía 2007/2013, así como de las que se contemplen de los acuerdos que se suscriban con entidades públicas o privadas en materia de integración laboral de las personas con discapacidad a lo largo del período de vigencia del citado Plan.

2. Sus funciones se concretan en encargar, a través de los instrumentos legalmente establecidos, y garantizar la realización de los trabajos de seguimiento y evaluación intermedia del Plan, así como de los informes de evaluación del mismo al final de su período de vigencia. Para la realización de estos trabajos se definirá:

- a) Un equipo evaluador, de conformidad con lo establecido en el Capítulo II, apartado 7, del propio Plan.
- b) El cronograma al que debe ajustarse la entrega a la Comisión de los correspondientes informes de seguimiento y evaluación.

- c) Un sistema de instrumentos de medición del grado de eficacia (logro de objetivos) y eficiencia (ajuste al presupuesto) del Plan: los indicadores de seguimiento y evaluación definidos a lo largo del proceso de elaboración del plan, que verifican los requisitos de utilidad, fiabilidad, consistencia, calidad, estabilidad y validez interna y externa.

Artículo 7. *Grupo técnico de trabajo.*

1. Se constituirá un grupo técnico de trabajo encargado de prestar asistencia y asesoramiento a la Comisión para el ejercicio de sus funciones. Para ello, elevará sus informes a la Comisión con la periodicidad que en el seno de dicha Comisión se apruebe.

2. Dicho grupo está integrado por las siguientes personas:

- a) La persona titular de la Dirección General de Autónomos, Igualdad y Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, quién ostenta la presidencia del mismo.
- b) La persona titular de la Jefatura de Servicio de Incentivos a la Contratación de la Dirección General de Autónomos, Igualdad y Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo, quien ostenta la secretaría de la misma.
- c) Un representante por cada uno de los Centros Directivos que integran las vocalías de la Comisión en representación de la Junta de Andalucía, con al menos rango de Jefatura de Servicio, nombrados a propuesta de la persona titular de los mismos.

Artículo 8. *Régimen de funcionamiento.*

1. La Comisión se reunirá al menos una vez al semestre en sesión ordinaria, pudiendo ser convocada con carácter extraordinario si así lo acuerda la Presidencia o cuando lo soliciten al menos una tercera parte de sus miembros, y cuantas veces resulte necesario en función de las incidencias que puedan surgir como consecuencia del seguimiento de las acciones contempladas en el Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía.

2. El funcionamiento de la Comisión se regirá por lo previsto en el presente Decreto, por lo dispuesto en el Capítulo II del Título II, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como lo previsto en la Sección 1.ª, Capítulo II, Título IV, de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 9. *Seguimiento de las acciones del Plan.*

Con periodicidad anual, y en cualquier caso antes de que finalice el primer trimestre del ejercicio siguiente, la Comisión elaborará un informe en el que se recogerán los resultados de las medidas establecidas en el Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad de Andalucía.

Artículo 10. *Evaluación de las acciones del Plan.*

Con la finalidad de analizar la eficacia del cumplimiento de las acciones previstas en el Plan de Empleabilidad para personas con discapacidad en Andalucía 2007–2013, se efectuarán dos evaluaciones del mismo:

- a) Evaluación Intermedia (2010): Se realizará en la mitad del período de

vigencia del Plan, una vez cerrado el ejercicio presupuestario del año 2010 y en cualquier caso antes de que finalice el primer semestre del ejercicio siguiente. El resultado se recogerá en un «Informe de Evaluación Intermedio del Plan», que contendrá el análisis correspondiente del cumplimiento de las medidas, y de los motivos que han condicionado el resultado de ejecución de las mismas, tanto si se han ejecutado, como si no se han llevado a término.

- b) Evaluación Final (2013): Se realizará una vez concluida la ejecución del Plan, y en cualquier caso antes de que finalice el primer semestre del ejercicio siguiente. El resultado se recogerá en un "Informe de Evaluación Final del Plan", en el que se realizará el análisis correspondiente de la eficacia de las medidas.

Disposición adicional única.

Plazo de constitución de la Comisión.

La constitución efectiva de la Comisión se realizará en el plazo de 15 días desde la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición final primera.

Desarrollo y ejecución.

Se faculta a la persona titular de la Consejería de Empleo para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo del presente Decreto.

Disposición final segunda.

Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 1 de septiembre de 2009

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN
MARTÍNEZ

Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA

Consejero de Empleo

DECRETO 362/2009, de 27 de octubre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía y se aprueba su reglamento de organización y funcionamiento.

La Constitución Española, en su artículo 22.3, reconoce el derecho fundamental de asociación, estableciendo que las asociaciones deberán de ser inscritas en un registro a los solos efectos de publicidad.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 79.1 atribuye a nuestra Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de las asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, respetando las condiciones básicas establecidas por el Estado para garantizar la

igualdad en el ejercicio del derecho y la reserva de ley orgánica.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en su artículo 20.1, establece que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituirán y regirán por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo, con las especialidades previstas en dicha Ley.

Estas asociaciones profesionales de trabajadores autónomos deberán inscribirse y depositar sus estatutos,

en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, en el registro especial de la oficina pública establecida al efecto en la Comunidad Autónoma en la que la asociación desarrolle principalmente su actividad; registro que deberá de ser específico y diferenciado de cualesquiera otras organizaciones sindicales, empresariales o de otra naturaleza que puedan ser objeto de registro en esa oficina pública. Como quiera que el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales tiene encomendadas, entre otras funciones, a través de la Secretaria General, el registro de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales de ámbito superior a la provincia y que no rebase el de la Comunidad Autónoma conforme a lo previsto en el artículo 3.2.g) de la Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, se ha considerado oportuno adscribir al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales el registro especial en el que deberán de inscribirse las asociaciones profesionales del trabajo autónomo que desarrollen principalmente su actividad en Andalucía.

Por su parte el artículo 21.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, prevé que tendrán la consideración de asociaciones más representativas de los trabajadores autónomos aquéllas otras que, entre otros requisitos, se encuentren inscritas en el registro especial establecido al efecto, y la disposición adicional sexta de la misma Ley establece que corresponde a las Comunidades Autónomas crear en su ámbito territorial este registro especial. Igualmente ha de tenerse en cuenta la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía, cuyo objeto es la regulación y fomento de las Asociaciones que sean competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de

Andalucía se constituye de esta manera en el cauce idóneo para el efectivo ejercicio del derecho de asociación reconocido a las personas trabajadoras autónomas. Su creación y regulación constituye el objeto de este Decreto, dando así virtualidad práctica al derecho de creación de asociaciones profesionales específicas que la legislación les reconoce, y contribuyendo a la materialización del principio de seguridad jurídica y a la promoción del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En la tramitación del presente Decreto han sido oídas las entidades andaluzas de profesionales de trabajo autónomo y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Empleo, de conformidad con los artículos 21.3 y 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 27 de octubre de 2009.

DISPONGO

Artículo único. *Creación del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo y aprobación del Reglamento.*

1. Se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía. Dependerá orgánicamente de la Consejería competente en materia de Empleo y se adscribe al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Este Registro será único para todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y las inscripciones y restantes asientos que se practiquen en el mismo surtirán los efectos previstos en la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

2. Se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía que se inserta a continuación.

Disposición transitoria única.
Inscripción de asociaciones profesionales del trabajo autónomo constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

1. Las asociaciones profesionales del trabajo autónomo constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, deberán solicitar la inscripción en el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía, en el plazo de seis meses desde la fecha de su vigencia, previo acuerdo de modificación de sus estatutos para adaptarlos a lo establecido en la Ley 20/2007, de 11 de julio, y a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, cuando fuera necesario.

2. Con la solicitud de inscripción, a la que se refiere el apartado anterior, se deberá acompañar:

- a) Certificación del Acta de la Asamblea General, convocada específicamente con tal objeto, en la que se haya acordado la modificación, detallando el artículo o artículos modificados, quórum de asistencia y resultado de la votación.
- b) Texto de los nuevos estatutos, en su caso, conteniendo los artículos modificados, firmados por la persona que ostente la secretaría con el visto bueno de la persona que ostente la presidencia de la entidad, u órganos similares.
- c) NIF de la entidad.

Disposición Final Primera.
Desarrollo y ejecución.

Se faculta al Consejero de Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este Decreto.

Disposición Final Segunda.
Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 27 de octubre de 2009

JOSÉ ANTONIO GRIÑÁN
MARTÍNEZ

Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA
Consejero de Empleo

REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO DEL
REGISTRO DE ASOCIACIONES
PROFESIONALES DEL TRABAJO
AUTÓNOMO DE ANDALUCÍA

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Naturaleza y adscripción.*

El Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía, es un Registro de carácter público y administrativo, que depende orgánicamente de la Consejería competente en materia de Empleo y se adscribe funcionalmente al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, a través de la Secretaría General del mismo.

Artículo 2. *Objeto y estructura del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía.*

1. Deberán inscribirse y depositar sus estatutos en el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía todas las asociaciones, profesionales del trabajo autónomo, así como las federaciones, confederaciones o uniones de tales asociaciones constituidas al amparo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que desarrollen principalmente sus actividades en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y tengan establecido su domicilio social en dicho ámbito.

A estos efectos se entiende que las asociaciones profesionales del trabajo autónomo desarrollan principalmente sus actividades en la Comunidad Autónoma de Andalucía cuando más del cincuenta por ciento de las personas asociadas están domiciliadas en la misma.

2. La inscripción en el Registro dará publicidad a la constitución de las asociaciones profesionales del trabajo autónomo, a sus estatutos y a los restantes actos que, según el artículo 6, tienen el carácter de inscribibles.

3. El Registro Andaluz de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo se estructura en las siguientes secciones:

- a) Sección I: De Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo.
- b) Sección II: De Federaciones, Confederaciones y Uniones de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo.

Artículo 3. Sistema de registro.

1. Cada asociación dispondrá en el Registro de una hoja registral, a la que se atribuirá un número ordinal. En la hoja registral se practicarán las inscripciones que resulten preceptivas, conforme a lo dispuesto en este Reglamento. Los asientos de inscripción se numerarán correlativamente según el orden cronológico de su

producción. Los documentos que accedan al Registro formarán el expediente de cada entidad, incorporándose al archivo del registro.

2. Como asiento de carácter accesorio se podrán practicar notas marginales, cuya finalidad es la de que accedan al Registro aquellos actos que aunque no tengan carácter de inscribibles conforme al artículo 6, puedan ser de utilidad para el cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 5 del presente Decreto.

Artículo 4. Informatización del Registro.

1. El contenido del Registro constará tanto en soporte informático como en soporte papel.

2. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales determinará las características técnicas del sistema informático que ha de servir de soporte al Registro, así como la organización y estructura básica de los ficheros que considere más adecuada para el cumplimiento de sus fines, respetando los principios de simplificación y agilización de trámites, gratuidad, libre acceso, confidencialidad, seguridad y autenticidad en orden a la identificación de los sujetos y el objeto de la comunicación, de conformidad con la normativa aplicable en materia de tramitación electrónica de procedimientos administrativos en la Administración de la Junta de Andalucía, respetando las disposiciones sobre protección de datos de carácter personal.

3. El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales facilitará la consulta del estado de la tramitación de los procedimientos para la práctica de cualquier asiento en el Registro, así como la emisión de certificaciones referidas en el artículo 5.e) de este Reglamento a través de su página web.

4. Los documentos administrativos emitidos por el Registro en los procedimientos tramitados por

medios electrónicos serán válidos y eficaces, siempre que concurren en ellos las garantías de autenticidad, integridad, conservación y aquellas otras previstas en la normativa aplicable, conforme establece el artículo 7 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y el artículo 45.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CAPÍTULO II

Funciones y contenido del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía

Artículo 5. *Funciones del Registro. El Registro de Asociaciones tendrá las siguientes funciones:*

- a) Practicar las inscripciones y asientos que procedan respecto de los actos que se enumeran en el artículo siguiente.
- b) Custodiar los estatutos de las asociaciones inscritas y el resto de la documentación que acceda al Registro.
- c) Suministrar, en su caso, datos generales para hacer investigaciones y estudios referidos a la realidad asociativa. La información del Registro que se utilice en la confección de estadísticas oficiales quedará sometida a la preservación del secreto estadístico en los términos establecidos en la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- d) Visar los estatutos y el acta de constitución de las asociaciones ya inscritas, a solicitud de las personas interesadas.
- e) Expedir las certificaciones, notas informativas o copias de asientos o documentos que, sobre el contenido del Registro, le sean solicitadas. Los documentos que contengan datos personales serán facilitados conforme a la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal.
- f) Remitir al órgano competente a nivel nacional las solicitudes que se presenten relativas a asociaciones que desarrollen principalmente sus funciones en un ámbito superior al de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- g) Tramitar las solicitudes que se presenten relativas a la adquisición de la condición de utilidad pública por parte de la correspondiente asociación.
- h) Facilitar la información que le sea requerida sobre requisitos para la constitución de asociaciones, federaciones, confederaciones y la documentación necesaria para su inscripción, y cualquier cuestión relacionada con el funcionamiento del Registro.

Artículo 6. *Contenido del Registro.*

1. En el Registro de Asociaciones deberán inscribirse los siguientes actos:

- a) La constitución y los estatutos de la asociación, federación, confederación o unión.
- b) Las modificaciones estatutarias.
- c) La declaración o revocación de la condición de utilidad pública de estas asociaciones.
- d) Las resoluciones judiciales que suspendan o afecten a actos inscritos.

- e) La cancelación por disolución, suspensión o baja de la entidad asociativa.
2. A efectos de las inscripciones, las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones estarán obligadas a remitir la siguiente documentación:
- a) El Número de Identificación Fiscal (NIF) de la Asociación.
 - b) El domicilio social de la entidad, así como su traslado.
 - c) La identidad de las personas que integren sus órganos de gobierno y representación, así como las variaciones en la composición de dichos órganos.
 - d) Relación de las asociaciones que integran las federaciones, confederaciones y uniones con especificación de los siguientes datos: número de asociado, denominación, domicilio y NIF.
 - e) La apertura y cierre de sedes o delegaciones de entidades asociativas.
 - f) La rendición anual de cuentas de las asociaciones declaradas de utilidad pública.
 - g) Las impugnaciones de acuerdos de los órganos de la entidad que afecten a actos inscritos.

CAPÍTULO III

Procedimiento de inscripción en el Registro

Artículo 7. Régimen jurídico del Registro.

Los procedimientos de inscripción en el Registro se ajustarán a lo establecido en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, a la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asocia-

ciones de Andalucía, a las especialidades introducidas por la Ley 20/2007, de 11 de julio, así como al presente Decreto. En todo lo no previsto por estas normas se regirá por las disposiciones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, y por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 8. Solicitud de inscripción.

1. La solicitud de inscripción se dirigirá a la Secretaria General del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, conforme al modelo establecido, y se presentará, preferentemente, en el Registro Auxiliar del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales o en los Registros de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Los modelos de solicitud estarán disponibles en la página web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y en las dependencias centrales y periféricas de la Consejería de Empleo.

2. La solicitud contendrá los siguientes datos:

- a) Identificación de la persona solicitante o personas solicitantes desagregadas por sexo, sus firmas, cargos que ostentan en la entidad asociativa o representación que ostentan y sus números de identificación fiscal.
- b) Identificación de la entidad asociativa, denominación, domicilio, el número de identificación fiscal. En caso de que aún no se hubiera obtenido éste, una vez obtenido dicho número, se remitirá al registro para su constancia. La denominación no podrá

coincidir o inducir a confusión con la de otra asociación profesional del trabajo autónomo, federación, confederación o unión ya registradas.

- c) Acto que se solicita inscribir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1 del presente Reglamento y relación de la documentación que se acompaña.

Artículo 9. Requisitos de la documentación a presentar en el Registro.

1. Los documentos relativos a los actos que, con arreglo al artículo 6, deban ser objeto de inscripción, se presentarán en el Registro, por duplicado, certificados con la firma de la persona que ostente la secretaría y el visto bueno de la Presidencia de la correspondiente asociación que figure inscrito o los órganos que resulten competentes con arreglo a la organización interna de la respectiva asociación, debidamente identificadas con el nombre y los apellidos.

2. Los acuerdos relativos a la renovación en la composición de los órganos de gobierno han de ir acompañados de certificado emitido por la persona que ostente la secretaría, con el visto bueno de la presidencia, o por los órganos competentes conforme a la organización interna de la asociación, en el que consten los miembros del órgano de representación que cesan en sus funciones y que figuren inscritos y de la aceptación de los cargos de presidencia y secretaría del órgano renovado o cargos similares, o de certificación del acta de la asamblea general en la que se aprobó la nueva composición del órgano de representación asociativa, expresando quórum de asistencia y resultado de la votación.

Artículo 10. Inscripción de la constitución de una asociación profesional del trabajo autónomo.

1. La solicitud de inscripción en el Registro de la constitución de una asociación deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- a) El acta fundacional suscrita por todas las personas promotoras de la asociación, con expresión de sus datos personales de identificación, nacionalidad y domicilio. En dicha acta se hará constar la denominación de la asociación, que será coincidente con la que figure en los estatutos, y en la que deberá figurar, de conformidad con lo establecido en el artículo 20.2 de la Ley 20/2007, la especialidad subjetiva y de objetivos de la Asociación, su finalidad, que consistirá en la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos, así como el domicilio de la asociación. Deberá contener los extremos señalados en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, y hacer referencia a que se constituye al amparo de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 20/2007, de 11 de julio.
- b) Los estatutos, que deberán contener todos los extremos a los que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo. De conformidad con lo establecido en el artículo 20.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, se hará referencia a su especialidad subjetiva y de objetivos y a su finalidad, que consistirá en la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.
- c) Identidad de las personas que integren los órganos de gobierno y representación de la asociación.

2. No será necesario aportar aquella documentación que ya obre en poder de la Administración.

Artículo 11. *Inscripción de la constitución de federaciones, confederaciones y uniones.*

1. La solicitud de inscripción de la constitución de una federación o de una confederación o unión de asociaciones deberá presentarse junto a la siguiente documentación:

- a) Acta certificada, expedida por la persona que ostente la secretaría con el visto bueno de la Presidencia, o los órganos que resulten competentes con arreglo a la organización interna de la respectiva asociación, de la asamblea general extraordinaria de cada una de las asociaciones o federaciones, en la que se adoptó el acuerdo de incorporación a la correspondiente federación, confederación o unión. En ella se hará constar además el nombramiento de representante o representantes de la respectiva asociación o federación para la constitución del nuevo ente asociativo, y sus respectivos números de inscripciones registrales.
- b) Acta certificada, por el órgano que resulte competente con arreglo a la organización interna de la entidad asociativa, de la asamblea de constitución de la federación, confederación o unión de asociaciones, incluyendo la denominación, la relación completa de las asociaciones o federaciones profesionales del trabajo autónomo que se federan o confederan con su número de inscripción en este registro y el domicilio social del nuevo ente asociativo

que se constituye. El acta deberá ir firmada por todos las personas que ostenten la representación de cada una de las entidades federadas o confederadas, identificadas con sus nombres y apellidos.

- c) Los estatutos de la federación, confederación o unión, que deberán contener los extremos a los que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 20.2 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, se hará referencia a su especialidad subjetiva y de objetivos.

2. No será necesario aportar aquella documentación que ya obre en poder de la Administración.

3. La incorporación de asociaciones o federaciones a federaciones, confederaciones o uniones ya inscritas deberá solicitarse junto a la siguiente documentación:

- a) Acta certificada de la asamblea general extraordinaria de la entidad en la que se adoptó el acuerdo de incorporación.
- b) Acta certificada de la asamblea general de la federación, confederación o unión a la que se realice la incorporación en la que se contenga el acuerdo de aceptación de integración.

Artículo 12. *Inscripción de modificaciones estatutarias.*

La solicitud de inscripción de la modificación de los estatutos de una asociación ya inscrita deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- a) Acta certificada, por el órgano que resulte competente con arreglo a la organización interna de la entidad asociativa, de la reunión de

la asamblea general extraordinaria en la que se haya acordado la modificación, detallando el artículo o artículos modificados, quórum de asistencia y resultado de la votación.

- b) Texto de los nuevos estatutos conteniendo los artículos modificados.

Artículo 13. *Inscripción de un cambio de domicilio social o de la apertura o cierre de sedes o delegaciones.*

A la solicitud de inscripción de un cambio de domicilio social o de la apertura o cierre de sedes o delegaciones de una asociación ya inscrita se unirá Acta certificada, por el órgano que resulte competente con arreglo a la organización interna de la entidad asociativa, de la reunión del órgano de gobierno competente de acuerdo con su organización interna, en la que se haya acordado el cambio de domicilio social, la apertura o el cierre de sedes o delegaciones.

Artículo 14. *Inscripción de la disolución de una asociación.*

La solicitud de inscripción de la disolución de una asociación ya inscrita deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- a) Acta certificada por el órgano que resulte competente con arreglo a la organización interna de la entidad asociativa, de la reunión de la asamblea general extraordinaria en la que se adoptó el acuerdo de disolución de la entidad, haciendo constar quórum de asistencia y resultado de la votación.
- b) Documentos que acrediten la composición del órgano de representación de la asociación, indicando la fecha de la asamblea general en la que fue elegida.

- c) Documentos que acrediten haber dado al patrimonio remanente, si lo hubiere después de efectuada la liquidación, el destino concreto previsto en los estatutos. De no haber quedado remanente, se hará constar esta circunstancia mediante certificación.

Artículo 15. *Resolución de inscripción y autorización de las demás anotaciones registrales.*

1. Las inscripciones se practicarán en virtud de resolución dictada por la persona titular de la Secretaría General del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

2. Los asientos complementarios, las notas marginales y los asientos de rectificación se practicarán directamente por la persona responsable del Registro, no necesitando resolución administrativa previa.

3. La resolución que acuerde la inscripción se notificará a la entidad solicitante junto con los estatutos, cuando afecte a éstos, con la diligencia que contenga la fecha de incorporación de la documentación al Registro, número de inscripción asignado en sus archivos, sección y sello. La notificación de la resolución se efectuará de forma telemática, siempre que la persona interesadas hubiere expresado en la solicitud su consentimiento, conforme al artículo 15 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.

Artículo 16. *Plazo de inscripción. Subsanación y recursos.*

1. Recibida la solicitud de inscripción, el órgano competente para su tramitación la examinará y verificará si cumple los requisitos establecidos para su inscripción en el Reglamento y restante normativa que le sea de aplicación. Si la solicitud de inscripción o la documentación que la acompañe no cumpliera los requisitos

exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, se suspenderá el plazo para proceder a la inscripción, requiriendo a las personas interesadas para que, en el plazo de diez días, subsanen la falta o acompañen los documentos preceptivos, indicándoles que, si así no lo hicieran, se les tendrá por desistidos de su solicitud, previa resolución dictada al efecto.

2. La resolución de inscripción se dictará y notificará a la entidad solicitante en el plazo de dos meses desde que la recepción de la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, se entenderá estimada la solicitud de inscripción.

3. Las resoluciones por las que se acuerden o deniegue la práctica de las inscripciones registrales agotarán la vía administrativa. Contra las mismas, podrá interponerse recurso potestativo de reposición ante la persona titular de la Secretaría General del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, o ser impugnadas directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Artículo 17. *Devolución de la documentación.*

Inscritos los actos a que se refiere el artículo 6, la persona responsable de la Sección Registral devolverá al interesado uno de los ejemplares de la documentación presentada en el que deberá de constar el sello de depósito de la Sección Registral que la practica y la fecha de la inscripción o anotación.

Artículo 18. *Comunicación de modificaciones.*

De forma cuatrienal, las federaciones, confederaciones y uniones

profesionales de trabajadores autónomos inscritas en el Registro deberán remitir al mismo relación actualizada de sus asociados con especificación de los datos reseñados en el artículo 6.2.d).

Artículo 19. *Cancelación.*

La cancelación en este Registro de la inscripción de las asociaciones, federaciones, confederaciones y uniones profesionales de trabajadores autónomos, se producirá por la pérdida de alguno de los requisitos previstos para la inscripción en el Registro, así como por incumplimiento de la obligación de remisión de la documentación a la que alude el artículo 6 de este Reglamento. Será acordada por el órgano competente para la llevanza del Registro a instancia de la entidad interesada o de oficio, previa audiencia de ésta, o a instancia de persona o entidad dotada de un título jurídico al efecto, debidamente acreditado.

CAPÍTULO IV

Tramitación electrónica de procedimientos

Artículo 20. *Garantías de los procedimientos electrónicos.*

1. Los procedimientos previstos en este Reglamento, podrán tramitarse por medios electrónicos, de conformidad con la normativa que regula el tratamiento electrónico de la información y, en especial, con respeto a las normas sobre intimidad y confidencialidad de las relaciones en los términos establecidos por la normativa de protección de datos y derechos de autoría, así como la relativa a los servicios de la sociedad de la información.

2. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos transmitidos a través del Registro Telemático Único

de la Junta de Andalucía, serán válidos a todos los efectos legales siempre que quede acreditada su autenticidad, integridad, conservación, identidad del autor y, en su caso, la recepción por la persona interesada.

3. Los procedimientos de tramitación electrónica regulados en el presente Reglamento, se configuran como alternativos a los procedimientos ordinarios por vía presencial, pudiendo las entidades interesadas optar entre uno u otro, incluso una vez iniciado el procedimiento.

4. La utilización de la presentación telemática de solicitudes regulada en el presente Reglamento, no supondrá ningún trato discriminatorio en la tramitación o resolución de los correspondientes procedimientos.

Artículo 21. Acceso y autenticación.

1. Para acceder a los procedimientos telemáticos previstos en este Decreto, las personas interesadas o los representantes de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos deberán disponer de los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad, o de certificado reconocido de usuario que les habilite para utilizar una firma electrónica avanzada, producida por un dispositivo seguro de creación de firma, de acuerdo con el artículo 15 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

La relación de entidades acreditadas por la Junta de Andalucía para la prestación de servicios de certificación electrónica estará disponible en la dirección de Internet <http://www.juntadeandalucia.es/empleo>.

2. El acceso a los servicios contemplados en el presente Decreto se realizará a través del portal del ciudadano «[\[junta.es\]\(http://www.junta-deandalucia.es/empleo\)» dentro del apartado «Administración electrónica», así como en la página web de la Consejería de Empleo, en la dirección <http://www.junta-deandalucia.es/empleo>.](http://www.andalucia-</p></div><div data-bbox=)

3. La presentación telemática de solicitudes, escritos y comunicaciones, podrá realizarse todos los días del año durante las veinticuatro horas del día.

Artículo 22. Presentación de las solicitudes y tramitación por medios electrónicos.

1. Las solicitudes presentadas por medios electrónicos producirán, respecto a los datos y documentos consignados de forma electrónica, los mismos efectos jurídicos que las formuladas de acuerdo con el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. El Registro Telemático Único emitirá automáticamente un justificante de la recepción de los documentos electrónicos presentados por las personas interesadas en el que se dará constancia del asiento de entrada que se asigne al documento. Dicho justificante se hará llegar a la persona destinataria a la dirección electrónica que ésta haya indicado en el momento inmediatamente posterior al que tenga lugar el asiento del documento recibido.

3. La solicitud presentada de forma telemática deberá ir acompañada de la documentación establecida para cada supuesto concreto, y podrá presentarse por medios electrónicos, mediante documentos originales electrónicos o mediante copias autenticadas electrónicas, o copias digitalizadas de documentos, cuya fidelidad con el original garantizaran mediante la utilización de la firma electrónica avanzada.

El órgano responsable del Registro podrá solicitar del correspondiente archivo el cotejo del contenido de las copias aportadas. Ante la imposibilidad de este cotejo y con carácter

excepcional podrá requerir al particular la exhibición del documento o de la información original. La aportación de tales copias implicará la autorización a la Administración para que acceda y trate la información personal contenida en tales documentos.

La documentación que no pueda ser aportada por medios electrónicos con la solicitud telemática se deberá presentar en la forma prevista en el artículo 9, se hará mención al justificante de confirmación de la recepción telemática de la solicitud indicando el asiento de entrada de la solicitud en el Registro Telemático Único.

4. Cualquier otro trámite evacuado por los interesados, así como las resoluciones que dicte el órgano responsable del Registro en un procedimiento tramitado electrónicamente, requerirán igualmente de los mismos requisitos de firma electrónica avanzada y de su emisión o recepción a través del Registro Telemático Único.

5. La persona interesada, una vez iniciado un procedimiento bajo un concreto sistema de tramitación, podrá practicar actuaciones o trámites a través de otro distinto.

En todo caso, en el momento de la aportación de documentos o datos en los Registros deberá indicarse expresamente si la iniciación del procedimiento o alguno de los trámites previstos del mismo se ha efectuado en forma electrónica o telemática.

Artículo 23. *Notificaciones mediante medios electrónicos o informáticos.*

1. De acuerdo con el artículo 113.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, para que las notificaciones administrativas, que

resulten de la aplicación de las actuaciones contempladas en este Decreto, puedan llevarse a cabo mediante medios o soportes informáticos o electrónicos, será preciso que la persona interesada haya señalado o consentido expresamente dicho medio de notificación como preferente mediante la identificación de una dirección electrónica al efecto.

Dicha manifestación podrá producirse tanto en el momento de iniciación del procedimiento como en cualquier otra fase de tramitación del mismo. Asimismo la persona interesada podrá, en cualquier momento, revocar su consentimiento para que las notificaciones se efectúen por vía electrónica, en cuyo caso deberá comunicarlo así al órgano competente, e indicar una nueva dirección donde practicar las notificaciones.

2. La notificación telemática se entenderá practicada a todos los efectos legales en el momento en que se produzca el acceso a su contenido en la dirección electrónica de modo que pueda comprobarse fehacientemente por el remitente tal acceso. Cuando existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica señalada, transcurrieran diez días naturales sin que el sujeto destinatario acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en la normativa básica estatal, salvo que de oficio o a instancias del sujeto destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

3. Siempre que se practique una notificación telemática, se realizará el correspondiente asiento de salida en el Registro telemático, en la forma que se determina en el artículo 9.4 del Decreto 183/2003, de 24 de junio.